Der vollstreckungsbeschränkende Vertrag

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Ernst Döppner

aus Magdeburg

Tag der mündlichen Prüfung: 10. Sept. 1940

1941

Buchdruckerei Karl Döres, Erlangen, Jägerstraße

1941 №58

Dekan: Professor Dr. jur. Hans Liermann.

Referent: Professor Dr. jur. Friedrich Lent.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern

in dankbarer Verehrung gewidmet.

Inhaltsübersicht:

§ 1: Einleitung 5

Teil I: Zulässigkeit des Vollstreckungsvertrages:

§ 2: Vollstreckungserweiterungen 6
§ 3: Zulässigkeit von Vollstreckungsvereinbarungen 8
§ 4: Abreden über Offenbarungseids- und Konkursverfahren sowie über den gänzlichen Ausschluß der Zwangsvollstreckung . . 13

Teil II: Form und rechtliche Natur des Zwangsvollstreckungsvertrages:

§ 5: Formen 18
§ 6: Der Vollstreckungsvertrag — eine Prozeßhandlung? 20

Teil III: Wirkung der Vollstreckungsvereinbarung:

§ 7: Prozessualer Einfluß? 23
§ 8: Schuldrechtliche Wirkung des Vertrages 28

Teil IV: Rechtsbehelfe des Schuldners bei Zuwiderhandeln des Gläubigers:

§ 9: Allgemeines 30
§ 10: § 766 ZPO. als Rechtsmittel bei vertraglichen Beschränkungen hinsichtlich der Art der Zwangsvollstreckung? 33
§ 11: Analogie des § 766 ZPO. bei Beschränkungen in der Art . . 35
§ 12: Unmittelbare Anwendung des § 767 ZPO. bei Verträgen über den zeitlichen Ausschluß der Vollstreckung? 39
§ 13: Mittelbare Anwendung des § 767 ZPO. 42
§ 14: Verträge über die Zwangsvollstreckung, die vor der letzten mündlichen Verhandlung geschlossen wurden 44

Teil V:

§ 15: Zusammenfassung 48

Teil VI: Anhang:

§ 16: Der Vollstreckungsvertrag nach dem Entwurf 49
§ 17: Regelung vollstreckungsbeschränkender Vereinbarungen nach der österreichischen Exekutionsordnung 50

§ 1. Einleitung.

Es könnte auf den ersten Blick bezweifelt werden, ob es tunlich ist, das zur Aufgabe gestellte Thema in einer Zeit zu behandeln, in der eine grundlegende Reform des deutschen Zivilprozeßrechtes geplant wird, ja sogar verschiedentlich die Abschaffung des gesamten Zivilprozesses gefordert wurde.[1]) Nun wird aber dem deutschen Zivilprozeß aller Voraussicht nach kaum ein so schmähliches Ende beschieden sein. Andererseits dürfte gerade auch in Hinblick auf die Reformabsichten die Arbeit an der Rechtsform des Vollstreckungsvertrages, zu der diese Zeilen ein kleiner Beitrag sein sollen, von Nutzen sein, umsomehr, als eine gesetzliche Normierung der Rechtsfragen, die sich aus dem Vollstreckungsvertrag ergeben, dem deutschen Recht bisher fehlt. Wegen des häufigen Vorkommens dieser Verträge und ihrer wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung wäre jedoch eine Berücksichtigung im Gesetz, insbesondere die Festlegung ihrer Wirkung, sehr angebracht.

Auch der im Jahre 1931 vom Justizministerium veröffentlichte Entwurf einer Zivilprozeßordnung bringt keine gesetzliche Regelung des Vollstreckungsvertrages. Dieses Uebergehen bei der Kodifizierung ist deshalb besonders bemerkenswert, weil die österreichische Exekutionsordnung vom 17. Mai 1896 sowohl Exekutionsstundung als auch -verzicht kennt und diese Regelung sich als klar und ziemlich erschöpfend erwiesen hat.

Die Behandlung der aus dem Vollstreckungsvertrag erwachsenden Rechtsfragen ist somit weiterhin der Rechtsprechung und vor allem der Wissenschaft überlassen. Bis jetzt ist die einschlägige Literatur in Ansehung der Wichtigkeit der zu betrachtenden Rechtserscheinung nicht allzu umfangreich. Außerdem befassen sich die Autoren mit dem Vollstreckungsvertrag meist nur als Teilgebiet in einem weiter gespannten Raum.

Es sollen nun hier die Probleme erörtert werden, die sich an den Vollstreckungsvertrag knüpfen und ihre Lösung nach dem geltenden Recht versucht werden. Zugleich wird damit ein Weg angedeutet, der m. E. bei der gesetzlichen Regelung der mit dem Vollstreckungsvertrag zusammenhängenden Fragen zweckmäßig einzuschlagen wäre.

Unter Vollstreckungsverträgen verstehen wir im folgenden nur die Verträge zwischen Gläubiger und Schuldner, welche die Rechte des Gläubigers aus dem Vollstreckungstitel einschränken oder ausschließen.

---

1) Baumbach, Zeitschr. Ak. D. R. 1938, S. 583; siehe auch Bull, ebenda, S. 629.

Teil I:

Zulässigkeit des Vollstreckungsvertrages.

§ 2: Vollstreckungserweiterungen.

Verträge, welche die Verminderung der gesetzlichen Vollstreckungserfordernisse (§§ 724, 750 ZPO.) oder eine Vollstreckungserweiterung über die gesetzlichen Schranken der §§ 810—812, 850 f. ZPO. hinaus zum Inhalt haben, sind nach allgemeiner, durchaus zutreffender Ansicht nichtig.[1]) Für die Unzulässigkeit dieser Art der Vollstreckungsverträge werden im allgemeinen die gleichen Gründe angeführt. Es wird Nichtigkeit angenommen, weil diese Verträge gegen die guten Sitten verstoßen (§§ 134, 138 BGB.). Das geltende Zwangsvollstreckungsrecht solle dem Schuldner ein Mindestmaß an Schutz gegenüber dem Zugriffsrecht des Gläubigers gewähren. Daraus folge die Unverzichtbarkeit. Die Grenzen der Vollstreckung seien im öffentlichen Interesse gesetzt. Zuerst glaubte man,[2]) daß die einschränkenden gesetzlichen Vorschriften dem privaten Interesse dienen, während später die gegenteilige Meinung[3]) vorherrschte. Es ist aber Eder Recht zu geben,[4]) wenn er darauf hinweist, daß es auf die Frage öffentliches oder privates Interesse nicht so sehr ankomme als darauf, daß die Gemeinschaftsordnung nicht durch das Mittelloswerden eines Volksgenossen gestört wird. Die gesetzlichen Vollstreckungsbeschränkungen haben als Ziel die Erhaltung der Gemeinschaftsordnung, die deshalb auch im Mittelpunkt der Erwägung stehen muß. Die wirtschaftliche Existenz des Schuldners als eine der Grundlagen der Volksgemeinschaft, die durch solche Verträge gefährdet würde, müßte erhalten bleiben, und zwar selbst gegen den Willen des einzelnen Volksgenossen.[5])

---

1) Förster-Kann, 11 a vor § 704; Kohler, Gruch., S. 313; Roquette, a. a. O., S. 160: Stein-Jonas, VI, 6 vor § 704; Schiedermair, a. a. O., S. 84; Eder (m. Einschränkung), S. 48.

2) RG. in J. W. 1895, S. 239; OLG. München vom 5. 11. 1904 i. Bayer. Zeit. 1, S. 59.

3) RGZ. 106/205; Roquette, ZZP. 49/160; OLG. Köln vom 20. 10. 1900 i. Rspr. 1, S. 232 f.

4) Eder (a. a. O., S. 48) zeigt, daß die Pfändungsbeschränkungen, die in ihrer jetzigen Fassung auf die Partikularrechte und das gemeine Recht zurückgehen, dort als unverzichtbar betrachtet wurden. In der Reichsjustizkommission hat man es dagegen als selbstverständlich angesehen, daß die Pfändung der in § 811, Ziff. 4 (§ 715, Ziff. 5 alte Fassung) aufgeführten Gegenstände im Einverständnis mit dem Schuldner wirksam erfolgen könne.

5) Eder, a. a. O., S. 49; a. A. Schulz, a. a. O., S. 187.

Man kann zur Begründung der Zulässigkeit solcher Abreden nicht anführen, daß der Schuldner praktisch einen Verzicht auf die Schutzbestimmungen der §§ 811, 850 ZPO. dadurch bewerkstelligen kann, daß er bei einem Verstoß gegen die Vollstreckungsvorschriften untätig bleibt. Die Einlegung der Erinnerung kann ja noch bis zur Beendigung der Vollstreckung erfolgen. Wenn dies aber nicht geschieht, handelt es sich um einen entweder verantwortungslosen oder eigennützigen Volksgenossen, denn die Anfechtung soll den Schuldner instandsetzen, gewisse Unvollkommenheiten des Vollstreckungsverfahrens auszugleichen. Gleichfalls unwesentlich ist die bedauerliche Tatsache, daß der Schuldner über die pfändungsfreien Gegenstände Verfügungsrecht hat, sich ihrer durch Verkauf z. B. begeben kann. Derartige Möglichkeiten dürfen nicht dazu führen, die Zulässigkeit von vollstreckungserweiternden bzw. die Beseitigung von Vollstreckungsvorschriften bezweckenden Verträgen zu fordern.

Ebenso ist auch ein Verzicht des Schuldners auf den Charakter der Unpfändbarkeit von Gegenständen nicht möglich. Wimmer [6]) will dies nur für den Fall zugestehen, daß der Schuldner aus erkennbar asozialen Gründen handelt. Im übrigen besteht für ihn ein praktisches Bedürfnis für die Gültigkeit eines solchen Verzichts. Oft „bitte" der Schuldner den Gerichtsvollzieher, wenn er nichts Pfändbares besitze, um Pfändung von pfändungsgeschützten Sachen, um das drohende nachfolgende Offenbarungseidsverfahren mit seinen wirklichen und befürchteten Schäden abzuwenden. Er hoffe darauf, daß es nach dieser Pfändung nicht zur Versteigerung komme, sondern der Gläubiger sich mit einer vorgeschlagenen Ratenzahlung begnüge. Wimmer will es wegen der sonstigen günstigen Wirkungen des Verzichts auf die wirtschaftliche Lage des Schuldners auch hinnehmen, daß ab und zu ein unentbehrlicher Gegenstand dennoch zur Versteigerung gelangt.

Nun ist aber erstens schwerlich festzustellen, aus welchen Motiven der Schuldner auf den Charakter der Unpfändbarkeit verzichtet, und dann würde es wohl meist vorkommen, daß der Schuldner durch solche Machenschaften auch noch seine pfändungsgeschützten Gegenstände verliert. Es kann nicht angehen, die Vollstreckungsorgane dabei mitwirken zu lassen dadurch, daß sie den Verzicht anerkennen und die pfändungsfreien Sachen pfänden.

Es muß noch kurz Stellung genommen werden zu den Abkommen über die Pfändbarkeit von pfändungsfreien Gegenständen nach Lieferung von Ersatzstücken.[7]) Wichtig sind derartige Ver-

---

6) Wimmer, a. a. O., S. 289 f.
7) Dafür Baumbach, a. a. O., § 811, 1 A.; RG. in J. W. 1934, S. 3296.

träge dann, wenn der Schuldner hauptsächlich nur unpfändbare, aber wertvolle Gegenstände im Besitz hat. Auch diese Vereinbarungen müssen als unzulässig angesehen werden.

Abgesehen davon, daß die gesetzlichen Vorschriften dadurch beseitigt wären, würde das Problem der Angemessenheit des Ersatzstückes, das vom Gerichtsvollzieher gelöst werden müßte, häufig zu Ungerechtigkeiten führen. Erhält der Schuldner aber eine Geldsumme zur Selbstbeschaffung eines solchen Gegenstandes, so besteht wegen seiner allgemeinen Notlage die Gefahr, daß das Geld für andere Zwecke ausgegeben wird.

Ebenso unwirksam wäre die Erklärung eines unpfändbaren Gegenstandes als pfändbar mit der Maßgabe, daß aus dem Erlös ein Betrag zurückbehalten werden soll, der für die Beschaffung eines Ersatzstückes ausreicht. Denn erstens ist keine Gewähr dafür gegeben, daß ein entsprechender Pfanderlös erzielt wird, und zweitens steht auch nicht fest, ob der Gepfändete für die ausgezahlte Summe einen Ersatz bekommen kann oder auch will.

Ganz abzulehnen ist endlich ein auf den Schuldner ausgeübter Zwang zur Duldung der Pfändung eines unpfändbaren Vermögensstückes gegen Lieferung eines Ersatzes durch den Gläubiger. Das Gesetz bietet hierfür keine Handhabe; abgesehen davon könnte der zu Pfändende dem Gerichtsvollzieher gegenüber in Annahmeverzug hinsichtlich des Ersatzgegenstandes geraten. Er hätte dann den gepfändeten Gegenstand eingebüßt, ohne einen Ersatz dafür zu erhalten.

§ 3. Zulässigkeit von Vollstreckungsvereinbarungen.

Die Zulässigkeit von vollstreckungsbeschränkenden Verträgen ist fast allgemein bejaht worden.[8]) Das trifft allerdings nicht für die Verträge über das Offenbarungseids- bzw. Konkursverfahren und solcher über den gänzlichen Ausschluß der Vollstreckung[9]) zu. Das Unterbleiben der gesetzlichen Regelung des vollstreckungs-

---

8) Barteils, J. W. 1933/2849; Baumbach, 2 C, II b vor § 704; Behrends, a. a. O., S. 19; Blomeyer, J. W. 1933/1904; Lehrbuch § 10, IV 2; Büttner, a. a. O., S. 33; Eder, a. a. O; Falkmann, a. a. O., S. 394/5; Förster-Kann, 11 b vor § 704; Geib, a. a. O., S. 172 f.; W. Hein, a. a. O., S. 144; Hellwig-Oertmann. S. 147, 195; Hommel, a. a. O., S. 64; Kohler, Ges. Beiträge, S. 165/6; Prozeß als Rechtsverh., S. 94/117; Arch. Ziv.Pr. 80, S. 152, 162, 195; Laue, J. W. 1934/675; Oertmann, 6 vor § 242; Petersen-Anger, § 704/5; Roquette, a. a. O., S. 161 f.; Schultz, a. a. O., S. 382; Seuffert-Walsmann, 1, VI vor § 704; Sintenis, a. a. O., S. 401; Stein-Jonas, VI vor § 704; v. Tuhr, I, S. 327; Weidert, a. a. O., S. 38; Weismann, II, S. 96.

9) Darüber, daß diese unzulässig sind, siehe § 3 der Arbeit.

beschränkenden Vertrages könnte freilich den Anschein erwecken, daß der Gesetzgeber den Vollstreckungsvertrag überhaupt nicht anerkennen wollte. Diese Absicht darf jedoch keinesfalls unterstellt werden. Im Vollstreckungsverfahren hat sich der Gesetzgeber damit begnügt, die Möglichkeit für die Wiederherstellung der gestörten Gemeinschaftsordnung geschaffen zu haben. Ob und wann der Gläubiger von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, hängt im wesentlichen von ihm selbst ab. Er hat im allgemeinen freie Hand bei der Durchführung der Vollstreckung. Die Zwangsvollstreckung wird nicht von Amts wegen eingeleitet, sondern sie findet nur auf Antrag des Gläubigers statt. Auch die meisten Vollstreckungsmaßnahmen werden nur nach dahingehendem Antrag des Gläubigers vorgenommen. Es ist dem Gläubiger ferner anheimgestellt, ob er das Vollstreckungsverfahren ruhen oder einzelne Vollstreckungshandlungen wieder aufheben lassen will. Er kann also selbst auf Rechte bezüglich der Zwangsvollstreckung verzichten.[10])

Mithin muß der Gläubiger auch in der Lage sein, einen zeitlich oder umfänglich beschränkenden Vollstreckungsvertrag mit dem Schuldner abzuschließen, da hierdurch nur der gleiche tatsächliche Zustand herbeigeführt wird. Die Parteien würden damit ihren Beitrag zu dem erstrebten Ziel der Vollstreckung leisten. Die Möglichkeit dazu ergibt sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Dieser Begriff schließt in sich die Freiheit des Vertragsinhalts und die Vertragstypenfreiheit. Bezüglich des Inhalts kann heute nicht mehr völlige Freiheit herrschen; diese Einschränkungen beruhen auf der nationalsozialistischen Rechtsauffassung. Die Fähigkeit, neue Vertragstypen, vor allem im Schuldrecht, neben den normierten zu schaffen, besteht dagegen immer noch.

Im Falle des Vollstreckungsvertrages ist nicht ersichtlich, inwiefern er bezüglich des Inhalts gegen die Rechtsauffassung des heutigen Staates verstoßen sollte. Die Tatsache, daß die vereinbarten Handlungen bzw. Unterlassungen dem Bereich des öffentlichen Rechts angehören, ist unerheblich, da dem Vollstreckungsvertrag keine prozeßgestaltende Kraft zu eigen ist. Den Grundsätzen des Zwangsvollstreckungsverfahrens darf der vollstreckungsbeschränkende Vertrag natürlich nicht zuwiderlaufen.

Es ist auch unbeachtlich, ob das Abkommen vor oder nach Erlaß des Urteils, bzw. nach der eingetretenen Vollstreckungsmöglichkeit abgeschlossen wurde. Dies ist hervorzuheben, weil man, der Ansicht Barz'[11]) folgend, die Meinung vertreten könnte,

---

10) Auch der Schuldner kann übrigens auf den Gang des Verfahrens insofern einwirken, als er Einwendungen erhebt, oder zu erheben unterläßt.

11) a. a. O., S. 12/13.

daß rein logisch nur Verträge nach dem Urteil möglich seien. Barz argumentiert so: „Der Prozeß ist ein Verfahren, das, mit der Klageerhebung beginnend, sich auf einer Aufeinanderfolge einzelner Prozeßhandlungen aufbaut, bis es sein Ziel erreicht hat. Diese Aufeinanderfolge der Handlungen ergibt sich aus dem Gesetze der Logik: Auf das Behaupten folgt das Bestreiten, auf das Bestreiten der Beweisantrag, darauf die Beweisanordnung, dann die Beweisaufnahme und schließlich die richterliche Würdigung des Beweisergebnisses. Erst wenn die vorhergehende Handlung vorgenommen ist, ist die prozessuelle Lage für die Vornahme der späteren gegeben" . . . „beruht jede neue Wirkung auf einem Willensakt der Parteien oder des Gerichts. Ist eine neue Situation eingetreten, so soll auf ihrer Grundlage die Partei entscheiden, wie sie die Situation weiter entwickeln will. Es widerspreche dem Wesen des Prozesses als eines Verfahrens, d. h. einer geordneten Aufeinanderfolge einzelner Handlungen, wenn vor Eintritt einer prozessualen Lage bereits feststünde, welche der möglichen Weiterungen aus ihr gezogen würde" ... „Als gesetzlich gewollter und vorgeschriebener Zustand kann vielmehr nur die Freiheit der Partei zur Entscheidung auf Grund der eingetretenen prozessualen Situation angesehen werden." Nun ist zunächst einmal nicht einzusehen, wo und in welcher Form dieser Zustand für den Prozeß gesetzlich vorgeschrieben worden ist. Es ergibt zwar ein schönes Bild der Ordnung, wenn alles nach der Reihe, sozusagen am Schnürchen abläuft, wie es Barz will. Aber warum sollten sich die Parteien nicht vor Eintritt einer prozessualen Lage über ihre nächsten Schritte klar werden und diese Einigkeit vertraglich festlegen? Sie werden so wahrscheinlich am meisten ihrer Pflicht gegenüber der Gemeinschaftsordnung gerecht. Abgesehen davon kann nach Barz selbst diese Regelung nur für das Erkenntnisverfahren gelten. Der Vollstreckungsauftrag des Gläubigers gründet sich aber nicht auf eine beliebige Lage des Erkenntnisverfahrens, sondern steht am Anfang eines neuen, des Vollstreckungsverfahrens. Beide Verfahren sind völlig selbständig; das geht am besten daraus hervor, daß dem Zwangsvollstreckungsverfahren nicht in allen Fällen ein Erkenntnisverfahren vorausgeht, während andererseits das Erkenntnisverfahren ohne nachfolgende Vollstreckung vorkommt Die für das Erkenntnisverfahren angegebenen Gründe der Unzulässigkeit einer Vereinbarung über die prozessuelle Lage vor Eintritt derselben können deshalb auch nicht auf das Vollstreckungsverfahren übertragen werden. Der Gläubiger kann sich über die Lage nach dem Erlangen des Vollstreckungstitels schon vorher ein genaues Bild machen. Es besteht also kein Grund, einem mit dem Schuldner vor dem erlangten Vollstreckungstitel getroffenen

Abkommen die Wirksamkeit abzusprechen, zumal in den meisten Fällen beide Parteien an der vertraglichen Abmachung über die Ausnützung der Vollstreckungsmöglichkeit interessiert sind.

Der Zulässigkeit des Vollstreckungsvertrages steht das „Verbot eines Konventionalprozesses" nicht entgegen. Selbstverständlich kann es den Parteien nicht überlassen bleiben, das Zwangsvollstreckungsverfahren völlig nach ihrem Willen zu gestalten. Ein solches Gebaren würde mit der Staatsauforität im Widerspruch stehen. Es ist aber andererseits im Gesetz kein Anhalt dafür gegeben, daß den Beteiligten jede Betätigung der Privatinitiative in der Vollstreckung verboten sein sollte.

Der Entwurf einer ZPO. von 1931 erkennt gewissermaßen die Notwendigkeit einer gütlichen Einigung über die Erledigung von Schuldverhältnissen dadurch an, daß er das Vollstreckungsgericht nach § 950 Entw. zur Vermittlung zwischen Gläubiger und Schuldner berechtigt und verpflichtet. Der Vollstreckungsrichter kann sogar gegen den Willen des Gläubigers dem Schuldner Zahlungsfristen bewilligen (§ 952 E.) oder trotz der Möglichkeit einer anderen Vollstreckungsart Dauervollstreckung nach § 953 Entw. anordnen. Es ist nun auch nicht so, daß durch diese richterliche Mitwirkung bei der Erledigung von Schuldverhältnissen, welche der Entwurf vorsieht, eine vertragliche, freiwillige Vereinbarung der Parteien über die Art und Beschränkung der Vollstreckung ausgeschlossen werden soll. Man kann vielmehr die Regelung der §§ 950—954 Entw. als Grund dafür angeben, daß der vollstreckungsbeschränkende Vertrag auch nach dem Entwurf Geltung haben soll. Die genannten Bestimmungen des Entwurfs dienen dem Schutz des Schuldners. Das Gericht ist berechtigt, die Maßnahmen auch ohne die Zustimmung des Gläubigers durchzuführen. Alle diese Anordnungen und Maßnahmen können aber auch zum Inhalt eines vollstreckungsbeschränkenden Vertrages gemacht werden. Es kann dem Gesetzgeber also nur willkommen sein, wenn sein Wille ohne Zwang des Gläubigers und überhaupt ohne Mitarbeit des Vollstreckungsgerichts erreicht wird. Wohl herrscht im Vollstreckungsrecht des Entwurfs die Tendenz, dem Gericht und damit dem Staat auf Kosten der Parteiautonomie einen größeren Wirkungsraum zu verschaffen. Aber die angezogenen Bestimmungen des Entwurfs wollen eben nur die Macht des Richters stärken, keinesfalls jedoch den Parteien die vertragliche Bindung in der Vollstreckung im Ganzen verbieten.

Grundsätzlich wird also auch unter der Herrschaft des Entwurfs Platz für den Vertrag über die Vollstreckung sein, obgleich der Entwurf die Durchführung der Zwangsvollstreckung in die

Hand des Staates legt.[12]) § 771, I Entw., der die Entscheidung über die Art der Durchführung dem Vollstreckungsgericht überträgt, bildet kein Hindernis. Auch weiterhin kann, wie im geltenden Recht, der Gläubiger allein entscheiden, ob er die Vollstreckung einleiten will (§ 770, I Entw.). Ferner ist auch hier die Durchführung vieler Maßnahmen und der Arten der Zwangsvollstreckung von einem diesbezüglichen Antrag des Gläubigers abhängig, z. B. in den Fällen der §§ 778, 929, 941, 976, 977 Entw. Im Sinne der Zulässigkeit von Verträgen über die Zwangsvollstreckung ist vor allem zu werten die Sollvorschrift des § 771, II Entw., wonach das Gericht bzw. die Vollstreckungsorgane die Vorschläge des Gläubigers über die Art der Durchführung der Vollstreckung berücksichtigen sollen, sofern keine Bedenken dagegen bestehen. Schließlich ist der Wille des Gläubigers für die Durchführung der Zwangsvollstreckung auch insoweit von Wichtigkeit, als ein entsprechender Antrag Einstellung des Verfahrens, Aufschub der Durchführung und Abstandnahme von einzelnen Vollstreckungsmaßnahmen bewirkt (§ 771, III Entw.).

Wenn behauptet wird,[13]) daß der Vollstreckungsvertrag unvereinbar wäre mit der öffentlich-rechtlichen Natur des Vollstreckungsrechts und der materiellen Rechtskraft des Urteils, so ist darauf zu erwidern, daß diese durch den Vertrag nicht berührt werden. Die Schriftsteller gelangen zu der Ablehnung des Vollstreckungsvertrags dadurch, daß sie nur einen prozessualen Einfluß des vollstreckungsbeschränkenden Vertrages ins Auge fassen. Eine schuldrechtliche Wirkung, die nach der hier vertretenen Auffassung allein möglich ist, wird gar nicht in Betracht gezogen. Ein anderer Einwand[14]) gegen die Zulässigkeit des Vollstreckungsvertrages ist leicht abgetan, daß nämlich das Prozeßrecht nicht zum Gegenstand des materiellen Rechts, als einer sekundären Rechtskategorie, gemacht werden könne. Ein stichhaltiger Grund für diese Rangordnung wird nicht angegeben, es sei denn, daß man die Tatsache der Durchsetzung des materiellen Rechts mittels des Prozeßrechts als solchem anerkennen will.

Wurzer[15]) glaubt die Zulässigkeit der zeitlich beschränkenden Vollstreckungsverträge ablehnen zu müssen, weil hierdurch der Inhalt des Urteils abgeändert würde. Er bedenkt dabei nicht, daß die Abmachungen der Parteien das Urteil in seinem Bestand nicht antasten, da der Vertrag nur schuldrechtliche Verpflichtungen, aber keine prozessuale Wirkungen hervorrufen kann.

---

12) Entwurf, Begründung, S. 405 ff.
13) Hellwig, „Recht", 1914, S. 729; Hölder, a. a. O., S. 285.
14) Reichenheim, a. a. O., S. 5.
15) Wurzer, a. a. O., S. 446.

Der vollstreckungsbeschränkende Vertrag darf allerdings nur Handlungen bzw. Unterlassungen betreffen, über die der Gläubiger freie Verfügung hat. Daraus erklärt sich auch die Unzulässigkeit der nun zu behandelnden Verträge.

§ 4. Abreden über Offenbarungseids- und Konkursverfahren sowie über den gänzlichen Ausschluß der Vollstreckung.

Ueber die Zulässigkeit der Vollstreckungsverträge, die das Offenbarungseids- und Konkursverfahren sowie den gänzlichen Ausschluß der Vollstreckung berühren, gehen die Ansichten auseinander. Es handelt sich zunächst einmal um die Abreden, daß der Gläubiger entweder überhaupt nicht, oder nur nach einer bestimmten Zeit zum Offenbarungseid laden dürfe. Die Ablehnung dieser Verträge wird hauptsächlich begründet mit einer voraussichtlichen Schädigung der Gemeinschaft.[16]) Es wird eingewendet, daß der Zwang zum Offenbarungseid nicht durch Vertrag zwischen einem Gläubiger und dem Schuldner beseitigt werden könnte, da er das letzte Mittel sei, den Schuldner zur Angabe seiner Vermögensgegenstände zu veranlassen. Eder[17]) läßt den Offenbarungseidsvertrag nicht gelten, weil damit Verfahrensregeln weggeschafft werden würden, die „unantastbare Gemeinschaftswerte" haben. Auch Hellwig-Oertmann[18]) hält den Eideszwang für notwendig, seine Beseitigung würde Verschleppungen von Vermögensgegenständen des Schuldners in gemeinschaftlicher Weise begünstigen.

Die Abmachung, die den Schuldner gegen den Antrag des Gläubigers auf Eröffnung des Konkurses sichern soll, wird von vielen Schriftstellern[19]) gleichfalls für unwirksam gehalten. Man behauptet,[20]) daß der Gläubiger nicht die Fähigkeit habe, sich der Gewährung der Antragsbefugnis zu entäußern, da diese vor allem im öffentlichen Interesse gegeben sei.

Die für die Unwirksamkeit des Vertrages über den Offenbarungseid angeführten Gründe, welche das Interesse auch der übrigen Gläubiger und darüber hinaus der Oeffentlichkeit berücksichtigen, sind schwerwiegend genug. Sie sind nicht dadurch zu entkräften, daß für den Regelfall ein ehrlicher Schuldner angenommen wird, der seine Vermögensstücke auch ohne das Damokles-

---

16) Dernburg, Preuß. Privatrecht II, S. 262; Kohler, Ges. Beitr., S. 173.
17) a. a. O., S. 68.
18) a. a. O., S. 289.
19) Dittrich, a. a. O., S. 24; Hellmann, a. a. O., S. 429; Kleinfeller, § 105, Anm. 7; Kohler, „Konkursrecht", S. 88; Meyer, § 103, III; Seuffert, 134, Nr. 5.
20) So Kohler, „Ges. Beitr.", S. 173, „Konkursrecht", S. 88.

schwert des Offenbarungseides nicht verheimlicht. Es ist dabei zu bedenken, daß sich der Schuldner (und mit ihm evtl. seine Familie) in schlechten finanziellen Verhältnissen befindet und die Gefahr der Verheimlichung auch aus diesem Grunde größer ist. Außerdem wird die Achtung, bzw. Furcht vor dem Eid von den Befürwortern[21]) der Zulässigkeit solcher Abkommen unterschätzt, insbesondere die psychologische Bedeutung des Eides. Was sonst verschwiegen würde, gesteht der Schuldner häufig unter dem Druck des Offenbarungseides.

Von ausschlaggebender Wirkung für das Verhalten des Schuldners ist auch ein drohender Konkursantrag, wobei die Scham vor der Oeffentlichkeit eine große Rolle spielt. Ein (weniger verantwortungsbewußter) Schuldner, der die Eröffnung eines Konkursverfahrens nicht zu fürchten hat, wird seine Geschäfte im allgemeinen auch weniger sorgfältig führen. Er würde durch die vertragliche Ausschaltung des Konkurses zu dieser Haltung noch ermuntert werden. Auch die Behauptung, daß dem Gläubiger nicht verwehrt werden könne, durch den Vertrag über das Offenbarungseids- bzw. Konkursverfahren ein größeres Risiko einzugehen, als mit den anderen Vollstreckungsverträgen,[22]) trifft nicht zu. Es könnte freilich dem einzelnen Gläubiger überlassen bleiben, wie weit er dem Schuldner vertrauen und Gefahr einer finanziellen Schädigung laufen will, wenn die übrigen Gläubiger durch sein Verhalten keinen Schaden erleiden könnten. Raatz,[23]) der für die Gültigkeit der in Frage stehenden Abmachungen eintritt, muß zugeben, daß bei dem Offenbarungseids- bzw. Konkursverfahren ganz besondere Umstände vorliegen, insofern als auch die übrigen Gläubiger des Schuldners Interesse und Anteil daran haben. Er zieht daraus aber nicht die Folgerung, daß diese Verträge unzulässig seien, sondern nimmt die voraussichtliche Schädigung der Gemeinschaft in Kauf. Beim Konkurs ist das Interesse der anderen Gläubiger leicht ersichtlich. Auch der Offenbarungseid geht aber die übrigen Gläubiger und die Oeffentlichkeit etwas an. Der Schuldner kann nämlich nach Ableistung des Eides innerhalb der nächsten fünf Jahre nicht mehr von den anderen Gläubigern zum Leisten des Offenbarungseides gezwungen werden (§ 903 ZPO.). Nur das Recht der Einsicht in das Schuldnerverzeichnis steht ihnen zu. Diese Verträge bergen somit große Gefahren für die Allgemeinheit. Es wird dadurch ein Schleier über die finanziellen Verhältnisse des Einzelnen, besonders des im geschäftlichen Leben

21) Barteils, J. W. 1933, 2849; Baumbach, § 900, 4 c; Förster-Kann, § 897, 4 b; Stein-Jonas, § 807, II, 5; Raatz, a. a. O., S. 40 ff.
22) Raatz, a. a. O., S. 42.
23) Derselbe, S. 43.

Stehenden gebreitet. Der Schuldner, der vor dem Offenbarungseid oder Konkurs steht, hätte bei Wirksamkeit der Verträge die Möglichkeit, seine bisherigen Geschäftspartner und weitere Volksgenossen zu schädigen. Diese würden, da sie über den wahren Sachverhalt hinsichtlich der Zahlungskraft im Unklaren sind, weiter mit ihm arbeiten, ihm Kredit weiter oder neu gewähren und umso empfindlicher von dem wirtschaftlichen Zusammenbruch getroffen werden, der erfahrungsgemäß in den meisten Fällen doch eintritt. Sie könnten durch die Täuschung auch abgehalten werden, selbst die letzten Vollstreckungsmaßnahmen zu beantragen. Die Aussichten auf Befriedigung der übrigen Gläubiger würden immer schlechter, während der Gläubiger, der sich vertraglich gegenüber dem Schuldner verpflichtet hat, nicht zum Offenbarungseid zu laden oder den Konkursantrag nicht zu stellen, meist für dieses Entgegenkommen in anderer Weise entschädigt sein wird. Ein solches Ergebnis wäre aber sehr unbefriedigend und ungerecht. Diese vorwiegend praktischen Erwägungen, die auch hauptsächlich das öffentliche Interesse an dem Bestehenbleiben der gesetzlichen Bestimmungen über das Offenbarungseids- und Konkursverfahren begründen, führen dazu, die Zulässigkeit von Verträgen über die genannten Verfahren zu verneinen. Wenn Raatz[24]) angesichts der Schädigung, die der Oeffentlichkeit von solchen Abmachungen droht, darauf hinweist, daß jeder Vollstreckungsvertrag eine gewisse Gefahr, insbesondere für die übrigen Gläubiger in sich trägt, so ist zu betonen, daß dies bei den Verträgen, über die Art und Weise des Verfahrens nicht der Fall ist. Auch der Vollstreckungsvertrag über den zeitlichen Ausschluß der Vollstreckung gefährdet die Interessen der anderen Gläubiger des Schuldners, abgesehen von unvermeidlichen Ausnahmefällen, in keiner Weise. Es ist also festzustellen, daß die Abkommen über Offenbarungseids- und Konkursverfahren aus öffentlichem Interesse unwirksam[25]) sind.

Vereinbarungen, die den völligen Ausschluß der Zwangsvollstreckung bezwecken, gehören, genau genommen, nicht zu den Vollstreckungs*beschränkungen*. Da sie aber inhaltlich schwer von diesen zu trennen sind, sollen sie mit in die Erörterung einbezogen werden. Kohler,[26]) der auf dem Gebiete des Vollstreckungsvertrages bahnbrechend gewirkt hat, billigt dem Vertrag über den Ausschluß der Zwangsvollstreckung Wirksamkeit zu. Seine Auffassung ist insofern nicht logisch, als er Abmachungen

24) a. a. O., S. 45.

25) Dittrich, S. 24 f., und Seuffert-Walsmann, § 807, 3, nehmen Nichtigkeit dieser Abmachungen wegen Verstoß gegen die guten Sitten an (§ 138 BGB.).

26) Kohler, „Ges. Beitr.", S. 248.

über das Offenbarungseids- und Konkursverfahren verwirft, aber Abkommen über den gänzlichen Ausschluß der Vollstreckung zulassen will, obwohl beide genannten Verfahren nur Teile der gesamten Zwangsvollstreckung überhaupt sind. Durch den völligen Ausschluß der Zwangsvollstreckung würden doch zugleich Offenbarungseids- und Konkursverfahren mit ausgeschlossen werden, und es könnte auf diesem Umwege dasselbe erreicht werden, was mit den Abreden über die Teilverfahren erzielt werden sollte. Die Möglichkeit einer wirtschaftlichen Schädigung der übrigen Gläubiger des Schuldners ist bei Verträgen über den gänzlichen Ausschluß der Vollstreckung besonders groß, wie sich aus den Ausführungen über die Verträge bezüglich des Offenbarungseids bzw. Konkurses ergibt. Diese Abmachungen sind darum im öffentlichen Interesse als unwirksam anzusehen. Sie können nicht zugelassen werden, und zwar auch nicht mit nur mittelbarer Wirkung. Vereinbarungen über Aenderungen des Vollstreckungsverfahrens tasten den Bestand des Urteils nicht an. Die Abrede des gänzlichen Ausschlusses der Vollstreckung will aber den Urteilsbefehl aufheben, ihn illusorisch machen. Damit darf man sich nicht einverstanden erklären. Die Autorität des Urteils und damit des Staates muß im Interesse der Volksgemeinschaft erhalten bleiben und gegen derartige Uebergriffe der Parteien geschützt sein. Die Wiederherstellung der gestörten Gemeinschaftsordnung als Ziel der Zwangsvollstreckung verlangt außerdem vom Gläubiger die uneingeschränkte Möglichkeit, die Vollstreckung überhaupt einleiten zu können. Er darf daher nicht entgegen dem Ziele der Vollstreckung diese Fähigkeit aus der Welt schaffen. Eder [27]) hält neben dem gänzlichen auch den zeitlichen Ausschluß der Zwangsvollstreckung für unwirksam. Hinsichtlich des vereinbarten zeitlichen Ausschlusses der Vollstreckung muß ihm widersprochen werden. Er glaubt, daß der Gläubiger auf den Gebrauch des Urteils nicht verzichten könne, da das Zwangsvollstreckungsverfahren für ihn in erster Linie „Pflichtstellung" gegenüber der Gemeinschaft ist. Der Eintritt in eine solche könne nicht „untersagt" werden. Das ist freilich richtig, allein der Gläubiger begibt sich völlig freiwillig und nur für einige Zeit der Möglichkeit, die Vollstreckung einzuleiten. Ferner ist er auch imstande, das Eintreten in diese Stellung durch Unterlassung zu verhindern. Schließlich entspricht der Gläubiger seiner „Pflichtstellung" doch oft am besten durch eine gütliche Regelung der bezeichneten Art. Auch Schiedermair erachtet die Verträge über den Ausschluß der Zwangsvollstreckung und des Konkursverfahrens für unzulässig, allerdings aus

27) a. a. O., S. 53 f.

einem anderen Grunde,[28]) weil nämlich der Gläubiger seinen Anspruch auf günstigen Rechtsschutz gegen den Staat durch einen Vertrag mit dem Schuldner nicht aufgeben könne. Diese Begründung geht von der Voraussetzung eines „Anspruchs" gegen den Staat aus, der früher schon strittig war (s. S. 34 ff.) und dessen Bestehen heute geleugnet werden muß.

Der vertragliche Ausschluß der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil eines sog. Scheinprozesses soll, da er nur scheinbar hierher gehört, ganz kurz gestreift werden. Bei diesen Prozessen täuschen die Parteien den Richter gemäß ihren Abmachungen über ihre wirklichen Verhältnisse, um ein unrichtiges Urteil zu erwirken. Der Prozeß soll aber den Parteien Rechtsschutz gewähren, er darf deshalb auch nicht zur Erreichung mutwilliger oder unlauterer Zwecke benutzt werden. Der Scheinprozeß widerspricht in allem dem Zweck des Verfahrens. Er hat keine Existenzberechtigung und folglich auch nicht der Vertrag, der die Vollstreckung aus einem so herbeigeführten Urteil ausschließen soll. Der vollstreckungsbeschränkende Vertrag dagegen, der auf einem wirklichen Anspruch beruht, hat eine große wirtschaftliche Bedeutung und füllt eine Lücke im Gesetz aus.

Wenn im Falle des Scheinprozesses der angebliche Gläubiger trotz der Abrede, nicht zu vollstrecken, Zwangsvollstreckung betreibt, so kann der Schuldner sich nur dadurch schützen, daß er die materielle Unrichtigkeit und den Scheincharakter des Prozesses dartut. Dabei wären die Fragen der Rechtskraft des Urteils und der Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten zu prüfen, deren Erörterung den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde. Der vertragliche Ausschluß der Vollstreckung aus einem Scheinprozeß muß vielmehr bei einer speziellen Untersuchung des Problems des Scheinprozesses und der Rechtskraft behandelt werden.

28) a. a. O., S. 92 f.

Teil II:

Form und rechtliche Natur des Vollstreckungsvertrages.

§ 5: Formen:

Roquette[1]) zählt zeitlich, gegenständlich, umfänglich und örtlich beschränkende Vollstreckungsverträge auf. Er mißt dieser Unterscheidung allerdings keine große Bedeutung bei. Raatz[2]) erkennt richtig, daß die örtlich beschränkenden von den gegenständlich beschränkenden Verträgen mitumfaßt werden und teilt nur noch nach Zeit, Umfang und Gegenständen. Bei den gegenständlich beschränkenden Abkommen sind bestimmte Vermögensstücke von der Vollstreckung ausgeschlossen, während im Falle der Abrede über den Umfang nur gewisse Vollstreckungsarten ergriffen werden dürfen, bzw. die Zwangsvollstreckung nur bis zu einer bestimmten Grenze durchzuführen ist. Zeitlich beschränkend endlich sind Verträge, die bestimmen, daß innerhalb einer festgesetzten Zeit nicht vollstreckt werden darf. Eder[3]) weist mit Raatz[4]) darauf hin, daß gewisse Vollstreckungsabkommen (Ausschluß der Mobiliar- bzw. Immobiliarvollstreckung) sowohl gegenständlich als auch umfänglich beschränkenden Inhalt haben.

Aus dieser Ueberschneidung einiger umfänglich und gegenständlich beschränkender Verträge leitet er das Recht her, auf eine getrennte Behandlung zu verzichten. Die Unterscheidung der einzelnen Arten hat für ihn nur systematischen Wert. Er trennt die Beschränkung in der Art der Zwangsvollstreckung von dem (gänzlichen oder zeitlichen) Ausschluß der Vollstreckung. Wenn auch nicht in der allgemeinen Form anerkannt werden kann, daß die Sonderbehandlung der gegenständlichen Beschränkungsvereinbarung aus der bewußten oder unbewußten Angleichung der Vollstreckungsbeschränkung an die Haftungsbeschränkung herrühre, so muß man ihm doch in der Frage der Zurechnung der gegenständlich beschränkenden Verträge zu den Beschränkungen in der Art beitreten. Da dem Gerichtsvollzieher die Wahl unter den pfändbaren Sachen freisteht, kann ein Abkommen, welches diese Wahl aufheben oder einengen will, nur als Abänderung des gesetzlich vorgesehenen Vollstreckungsverfahrens angesehen werden.

---

1) a. a. O., S. 162.
2) a. a. O., S. 6 f.
3) a. a. O., S. 4.
4) a. a. O., S. 10.

Die gegenständlich beschränkenden Vollstreckungsverträge sind übrigens scharf auseinanderzuhalten von der soeben erwähnten gegenständlich beschränkten Haftung. Die Vereinbarung der gegenständlich beschränkten Haftung, die nach herrschender Meinung [5]) zulässig ist, verändert im Gegensatz zu dem Vollstreckungsvertrag den Inhalt der Schuldverbindlichkeit. Der Schuldner kann auf Grund der vereinbarten Haftungsbeschränkung die Erfüllung der Verbindlichkeit aus einem anderen als dem angegebenen Teil seines Vermögens verweigern. Die Geltendmachung geschieht durch eine materiellrechtliche Einrede; wenn der Vertrag nach der letzten mündlichen Verhandlung geschlossen wurde, ist die Vollstreckungsgegenklage dafür gegeben. Der Vollstreckungsvertrag, der den Gläubiger verpflichtet, die Zwangsvollstreckung in bestimmte Gegenstände des Schuldners zu unterlassen oder sie nur in die angeführten zu betreiben, beschränkt den Inhalt des Schuldverhältnisses keineswegs. Der Zugriff auf das gesamte Vermögen des Schuldners steht dem Gläubiger auch bei Vorliegen eines gegenständlich, also in der Art beschränkenden Vertrages offen.

Die gegenständlich beschränkende Vereinbarung betrifft nur die Vollstreckung; der Gläubiger übernimmt vertraglich die Verpflichtung, die Zwangsvollstreckung gemäß den Beschränkungen zu betreiben. Rechtlich unterscheiden sich Vollstreckungsvertrag und Haftungsbeschränkung also erheblich, wenn auch das erstrebte wirtschaftliche Ziel oft ähnlich oder gar gleich ist.

Es ist infolgedessen häufig notwendig, genau zu untersuchen, ob im Einzelfall gegenständlich beschränkte Haftungsvereinbarung oder ein Vollstreckungsvertrag vorliegt. Das wird leider oft versäumt. Roquette [6]) bemerkt einfach, daß durch den gegenständlich beschränkenden Vollstreckungsvertrag der Zustand gegenständlich beschränkter Haftung erreicht werde. Andere trennen beide Verträge überhaupt nicht.[7]) Nur Oertmann [8]) nimmt eine reinliche Scheidung zwischen beiden Abkommen vor.

Abreden über den gänzlichen Ausschluß der Zwangsvollstreckung sind unwirksam; der vollstreckungsbeschränkende Vertrag kann demnach nur folgenden Inhalt haben:

1. Beschränkungen in der Art der Vollstreckung,
2. zeitlicher Ausschluß der Vollstreckung.

---

5) Geib, a. a. O., S. 172; W. Hein, „Duldung", S. 142 f.; Oertmann, 6 vor § 241; Planck, III C, 4 b vor § 241; Siber, Jher. Jb. 50/129; Staudinger, I, 7 vor § 241.

6) a. a. O., S. 166.

7) Reichel, a. a. O., S. 205 ff.; Förster-Kann, 11 b vor § 704.

8) 6 vor § 241.

Es ist auch eine Einteilung der Vollstreckungsverträge nach der Zeit ihres Abschlusses möglich. Der entscheidende Termin ist dabei der Erlaß des Urteils, genauer der im § 767, II ZPO. bestimmte Zeitpunkt. Dieser Termin hat tatsächlich einige rechtliche Bedeutung (s. S. 44 ff. d. Arb.), wenn eine Einteilung darnach auch keinen größeren Wert besitzt und nicht gerade glücklich genannt werden kann.

Die Vollstreckungsverträge können die mannigfaltigsten Ziele verfolgen. Es ist vor allem hervorzuheben, daß nicht selten auch der Gläubiger ein großes Interesse am Zustandekommen eines derartigen Abkommens hat. Denn oft wird ein Gläubiger, der mit brutaler Rücksichtslosigkeit die Vollstreckung gegen den Schuldner betreibt, weniger erreichen, als der, welcher für den finanziell schwachen Schuldner Verständnis zeigt und sich mit ihm über die Vollstreckung einigt. Ferner tritt häufiger der Fall ein, daß der Schuldner wirtschaftlich kräftig, ja stärker als der Gläubiger ist. Es wird dann meist eine (gegenständliche) Beschränkung in der Art vereinbart, ohne welche der Schuldner das Geschäft mit seinem Partner vielleicht nicht eingehen würde. Letztlich kann durch eine ebensolche Beschränkung der Vollstreckung auch eine abgewandelte Haftung für rechtlich unselbständige Vermögensmassen erreicht werden. So ist z. B. im Falle des nichtrechtsfähigen Vereins möglich, daß die Vereinsmitglieder im Gegensatz zu den gesetzlichen Bestimmungen (§§ 54, 714, 427, 421 BGB.), welche die Haftung der Mitglieder als Gesamtschuldner mit ihrem eigenen Vermögen vorsehen, nur mit dem Vereinsvermögen haften. Wie ersichtlich, handelt es sich in allen diesen Fällen nicht um unlautere Ziele der Parteien, sondern um Abkommen, die einer gesunden, z. T. sogar begrüßenswerten Wirtschafts- und Rechtsauffassung entspringen.

§ 6. Der Vollstreckungsvertrag — eine Prozeßhandlung?

Es ist von verschiedenen Autoren[9]) versucht worden, den Vollstreckungsvertrag zu den Prozeßhandlungen zu rechnen. Nun besteht Einigkeit über den Begriff der Prozeßhandlung nur insofern, als eine unmittelbare Beziehung der Prozeßsubjekte zu der Entwicklung des Prozesses angenommen wird.[10]) Daneben fordert die

---

9) Eder, a. a. O., S. 38 f.; Schiedermair ,a. a. O., S. 166 f.

10) Sauer, a. a. O., S. 167; Schmidt, „Lehrbuch", S. 7; Siegert, a. a. O., S. 23; Walsmann, Arch. Ziv. Pr. 102/16.

herrschende Meinung,[11]) daß das Verhalten der Parteien prozeßrechtlich geregelt sei. Nach der Ansicht einiger Schriftsteller[12]) muß die Prozeßhandlung schließlich noch den Zweck haben, die Prozeßentwicklung zu fördern. Es muß allerdings von der Prozeßhandlung verlangt werden, daß sie der Entwicklung des Prozesses allgemein förderlich sein kann; diese Forderung darf aber nicht dazu führen, jede einzelne spezielle Prozeßhandlung darauf zu untersuchen, ob sie subjektiv diesem Ziele dienen soll. Sonst wären nämlich die Prozeßhandlungen, die sich trotz der entgegengesetzten Absicht einer oder beider Parteien als prozeßfördernd herausstellen, nicht als Prozeßhandlungen zu betrachten. Es empfiehlt sich also nicht, den Zweck in den Begriff der Prozeßhandlung aufzunehmen. Er kann jedoch bei der Wirkung der Handlungen eine ausschlaggebende Rolle spielen. Nicht alle Prozeßhandlungen sind freilich unwirksam, die nicht dazu helfen, den Prozeß vorwärts zu treiben. So sind in der Regel die gesetzlich erlaubten trotz ihres friedensstörenden Zweckes wirksam. Der Gesetzgeber nimmt hier an, daß die Parteien ehrlich am Prozeß mitwirken und daß alle den Prozeß fortentwickelnden Parteihandlungen, die gesetzlich festgelegt sind, zugleich dem Zweck des Verfahrens untergeordnet sind. Für einige Fälle von eigennützigen Prozeßhandlungen ist allerdings ein Verbot ergangen (§§ 138, Abs. 1, 279, 529 ZPO.).

Die Frage, ob der Vollstreckungsvertrag eine Prozeßhandlung ist, wäre zunächst deshalb zu verneinen, weil er im Gesetz überhaupt nicht erwähnt wird. Es ist noch zu untersuchen, ob ein mit dem Verfahrenszweck zu vereinender Vertrag, der nach den Prinzipien der Prozeßhandlung geschlossen wird, als Prozeßhandlung gelten kann, auch wenn er nicht gesetzlich geregelt ist. Eder kommt hierbei zu einem positiven Ergebnis aus der von ihm behaupteten prozessualen Wirkung der „Vereinbarung" heraus. Eben wegen dieser Wirkung unterschieden sich die vollstreckungsbeschränkenden Verträge in nichts von den gesetzlich festgelegten Prozeßhandlungen. Da die Mithilfe der Parteien der Sinn der besonderen Rechtsstellung im Verfahren sei, gehörten alle Beiträge der Prozeßsubjekte zur Fortentwicklung von Prozeß und Vollstreckung mit dem Ziel der Wiederherstellung der Gemeinschaftsordnung zu den Prozeßhandlungen. Die prozessualen Vereinbarungen beanspruchen nach ihm, abgesehen von ihrer Zwei-

11) Hellwig, „System", I, S. 423; „Prozeßhandlung und Rechtsgesch.", S. 49/50; Niese, a. a. O., S. 83; Pollak, a. a. O., S. 51; Sauer, a. a. O., S. 167; Siegert, a. a. O., S. 21 f.; Walsmann ‚Arch. Ziv. Pr. 102/20.

12) Baumbach, a. a. O., 5 vor § 128; Schmidt, „Lehrbuch", S. 330; Stein-Jonas, I, § 54, II; Walsmann, Arch. Ziv. Pr. 102/16.

seitigkeit, keine absolute Sonderstellung innerhalb der Prozeßhandlungen. Schiedermair[13]) erachtet gleichfalls einen Begriff der Prozeßhandlung, der nur auf Handlungen abstellt, die unmittelbar auf Betrieb eines Zivilprozeßverfahrens gerichtet sind, als zu eng. Auf Grund seiner Annahme einer prozessualen Wirkung des Vollstreckungsvertrages gelangt er zu der Feststellung, daß diese Verträge Prozeßhandlungen und zwar Parteihandlungen sind, da sie prozessuale „Rechte" der Parteien aufheben oder verändern. Innerhalb der Prozeßhandlungen gehören sie zu den sog. Bewirkungshandlungen (Goldschmidt) und hier wieder zu der Sparte der „prozessualen Wirkungserklärungen". Da der Ausgangspunkt, die prozessuale Wirkung, falsch gewählt wurde, kann das Ergebnis nicht verwundern. Der Vollstreckungsvertrag ist aber keine Prozeßhandlung. Wie unten (§ 8) gezeigt werden soll, wirkt der Vertrag über die Zwangsvollstreckung nur schuldrechtlich. Von der Prozeßhandlung ist jedoch eine unmittelbare, prozeßgestaltende Wirkung zu verlangen. Es kann somit, da dieser unmittelbare Einfluß auf den Prozeß grundlegende Eigenschaft einer Prozeßhandlung ist, der Vollstreckungsvertrag nicht als Prozeßhandlung betrachtet werden.

Der vollstreckungsbeschränkende Vertrag fällt auch nicht unter die „Verträge mit prozeßrechtlicher Wirkung" (Rosenberg) oder die „Prozeßrechtsgeschäfte" Bunsen's,[14]) da bei diesen (trotz privatrechtlichem Tatbestande) gleichfalls prozessuale Wirkung eintreten muß.

---

13) a. a. O., S. 166 f.
14) Bunsen, a. a. O., S. 401 f.

Teil III:

Wirkung des Vollstreckungsvertrages.

§ 7: Prozessualer Einfluß?

Strittiger als die Zulässigkeit des Vollstreckungsvertrages ist die Art seiner Wirkung. Manche Autoren[1]) behaupten eine unmittelbare Wirkung des Vertrages auf das Vollstreckungsverfahren, ja teilweise[2]) wurde angenommen, daß die Parteien die Macht hätten, das Urteil durch vertragliche Abmachungen in seinem Bestand zu mindern oder sogar zu beseitigen. Nun kann ein Staatsakt wie das Urteil auf gar keinen Fall durch privatrechtliche Abreden betroffen werden. Das Reichsgericht selbst hat freilich in einer uns heute unverständlichen Entscheidung[3]) erklärt: „... diese materielle Rechtswirkung des rechtskräftigen Urteils findet indes ihre Schranken an der Vertragsmacht der Parteien" und ... „So muß als möglich anerkannt werden, daß die Parteien durch einen vor Erlassung des Urteils geschlossenen Vertrag im voraus über dessen zwischen ihnen geltende Wirksamkeit Bestimmungen treffen, insbesondere auch in ihrem Verhältnis zueinander im voraus die materielle Rechtswirkung des Urteils beseitigen können." Es ist aber leicht einzusehen, daß den Parteien unmöglich eine Gleichberechtigung mit den höheren Gerichten zugestanden werden kann, welche Urteile der niederen aufzuheben vermögen; diese Ueberzeugung spricht das Reichsgericht denn auch in einer anderen Entscheidung[4]) aus, die zeitlich vor der zitierten des 46. Bandes liegt und es hat seitdem eine Anschauung vertreten, die sich von einer solchen privatrechtlichen Auffassung des Prozesses gelöst hat und die prozessuale Bedeutung des Urteils erkennt. So stellt es fest, daß die Abänderung der Vorschriften über die Geltung ausländischer Urteile, die der öffentlichen Ordnung angehören, nicht

---

1) Förster-Kann (für die gegenständlich beschränkenden Verträge), 11 b vor § 704; Reichel, a. a. O., S. 210.

2) Förster-Eccius, I, § 56; und auf derselben Anschauung fußend der I. Entw. des BGB. (§ 191, der später gestrichen wurde).

3) RGZ., Bd. 46/335/6.

4) Seuff. Arch. 56/214 (es handelt sich um eine Entsch. desselben (VII.) Senats, der in der oben angegebenen Entsch. die gegenteilige Ansicht vertrat!).

durch Parteivereinbarung möglich ist.[5]) Ein anderes Mal[6]) heißt es, daß die Rechtskraft der richterlichen Urteile und ihre Wirkungen auf dem öffentlichen Interesse beruhen. Nach einem Urteil[7]) des I. Zivilsenats ist der vollstreckbare Schuldtitel, wenn die Vollstreckungsklausel gesetzwidrig erteilt ist, nicht ohne weiteres nichtig, auch keine Klage auf Nichtigkeitserklärung gegeben, sondern die betroffene Partei hat nur die Rechtsbehelfe der Zivilprozeßordnung.

Die Frage, ob der Gläubiger seinen „Vollstreckungsanspruch", den er gegen den Staat habe, mit der Wirkung vertraglich aufgeben könne, daß der Verzicht unmittelbar prozessual wirkt, bedarf deshalb keiner eingehenderen Untersuchung mehr, weil ein solcher „Anspruch" mit dem Wesen des Nationalsozialistischen Staates nicht zu vereinbaren ist. Ein Anspruch auf Vollstreckung gegen den Staat in Gestalt eines „subjektiven, öffentlichen Rechts" als Abart des Rechtsschutzanspruches ist heute unvorstellbar geworden. Aber auch schon früher wurde das Bestehen dieses Anspruchs angezweifelt und die Lehre vom Vollstreckungs- bzw. dem ihm zugrunde liegenden Rechtsschutzanspruch bekämpft.[8]) Im übrigen ist um den Rechtsschutzanspruch soviel geschrieben und gestritten worden, wie wohl um kein anderes Problem des Zivilprozeßrechts. Von einigen Schriftstellern[9]) wurde widerspruchsvoll genug ein Rechtsschutzanspruch abgelehnt, ein Anspruch auf Vollstreckung dagegen zugegeben. Nach Schmidt[10]) sollte der Rechtsschutzanspruch im Prozeß dem Grund- und Menschenrecht in der Verfassung entsprechen. Der Einzelne trat mit seinen Forderungen an den Staat als Privatrechtsperson heran. Diese Begriffe haben anderen Auffassungen weichen müssen. Das Anspruchsdenken des liberalen, bürgerlichen Zeitalters hat sich in die auf der Nationalsozialistischen Weltanschauung beruhende neue Rechtsauffassung nicht hinüber retten können. Die rechtliche Stellung des Individuums zum Staat ist nur aus seiner Eigenschaft als Glied der Volksgemeinschaft, innerhalb welcher er seine Pflicht zu erfüllen hat, zu verstehen. Es können hieraus auch Befugnisse abgeleitet werden, sie müssen aber im Einklang mit der Gemeinschaftsordnung stehen und erscheinen nicht losgelöst von den dieser Ordnung geschuldeten Pflichten. Ansprüche gegen den Staat als

---

5) RGZ. 36/384.
6) RGZ. 42/376.
7) RGZ. 41/373.
8) Binder, „Prozeß u. Recht", S. 103 f.; Groh, S. 173 f.; Fischer-Fischerhof, S. 65; Kohler, ZZP. 33/218; Arch. Ziv. Prax. 97, 9, 10; Walsmann, Jud. I, S. 313, 4.
9) Bülow, ZZP. 31/201, Anm. 13; W. A. Müller, a. a. O., S. 13; Pagenstecher, a. a. O., S. 360 f.
10) „Der Prozeß u. die staatsbürgerl. Rechte", S. 28.

dem Einzelnen gegenüberstehenden, gleichberechtigten Rechtssubjekt sind dabei logisch undenkbar.[11]) Der Staat ist vielmehr eine dem Einzelnen übergeordnete Macht. In diesem Geist schrieb schon vor 50 Jahren Kohler[12]): „Der Staat verwirklicht das Recht nicht um der Einzelnen willen, er verwirklicht es um der großen sozialen Aufgabe des Rechts willen, er tut es, weil ohne Rechtsverwirklichung keine Kultur existieren kann. Was soll ein jeder Einzelne mit seinem Anspruch gegen den Staat: soll ein jeder Einzelner den Staat an seine Aufgabe erinnern, wie mit einem Glockenzug den Staat herbeizitieren, damit er ihm dienstbar sein soll." ... „Der Staat ist kein gleichstehendes Wesen, von dem er die Erfüllung der Pflichten in der gleichen Weise verlangen kann, wie der Gläubiger von seinem Schuldner."

Ein Vollstreckungsvertrag wäre aber auch unzulässig, wenn ein „Anspruch" gegen den Staat ekistieren würde. Der Anspruch würde sich nämlich nur gegen den Staat richten. Ein Verzicht darauf dem Schuldner gegenüber wäre also schon deshalb nicht möglich. Der Vollstreckungsvertrag, in dem ein Verzicht auf den „Vollstreckungsanspruch" gegen den Staat ausgesprochen wird, kann demnach in keinem Fall eine prozessuale Wirkung ausüben. Reichel,[13]) der noch im Anspruchsdenken befangen ist, läßt aus diesen Erwägungen heraus unmittelbare Wirkung auf das Vollstreckungsverfahren eintreten; nach ihm ist ein Verzicht auf das „Zugriffsrecht" des Gläubigers zulässig. Da aber für „Ansprüche" oder „Rechte" gegenüber dem Staat und folglich auch für den Verzicht darauf im heutigen Recht kein Platz ist, so fällt Reichels Begründung für seine Ansicht weg.

Auch ein Verzicht auf die besondere Stellung des Gläubigers im Prozeß nach Erlangung des Vollstreckungstitels, die er unzweifelhaft einnimmt, kann nicht unmittelbar auf das Verfahren wirken. Der Vollstreckende hat von diesem Augenblicke an gewisse Möglichkeiten; auf seinen Antrag sind, wenn die sonstigen Voraussetzungen vorliegen, Vollstreckungshandlungen auszuführen. Auf dieses rechtliche Können, auch „Anwartschaft"[14]) genannt, wird nun auch öfters vertraglich verzichtet. Es muß diesen Verträgen aber jeder unmittelbare Einfluß auf den Prozeß versagt bleiben, weil bejahendenfalls die Parteien die Befugnis hätten, das an das Urteil anschließende Vollstreckungsverfahren wirksam auszuschalten und den Gerichtsvollzieher zu zwingen, neben den

---

11) Der Rechtsschutzanspruch wird auch heute noch verteidigt (z. B. von Schiedermair, S. 91 f., wenn auch in abgeschwächter Form).
12) „Prozeßrechtl. Forschungen", S. 71 f.
13) a. a. O., S. 210 f.
14) s. Fischer-Fischerhof, S. 66.

Vorschriften der Zivilprozeßordnung (§§ 704 ff. ZPO.) noch den Vollstreckungsvertrag über den Verzicht zu berücksichtigen. Die Vollstreckungsorgane sind aber durchaus nicht verpflichtet, diesen bei der Durchführung der Zwangsvollstreckung zu beachten. Sonst wäre es den Vertragsschließenden möglich, ein Zwangsvollstreckungsverfahren zu schaffen, das vielleicht dem gesetzlichen Verfahren grundsätzlich widerspricht. Das ist nach geltendem Recht ausgeschlossen. Der Gläubiger kann also nicht auf seine ihm aus dem Vollstreckungstitel zustehenden Befugnisse mit der Wirkung verzichten, daß eine gleichwohl vorgenommene Zwangsvollstreckung vollstreckungsrechtlich unzulässig wäre. Die Zeit des sogenannten Konventionalprozesses ist vorbei. Die Grenzen der Vereinbarung sind den Parteien durch das absolute Recht gesteckt, das sie durch vertragliches Abkommen nicht abschaffen können. Nun ist freilich nicht alles Zivilprozeßrecht absolutes, zwingendes Recht; es gibt auch hier, wie im Privatrecht, dispositive Rechtssätze. Die Bestimmungen des Prozeßrechts haben aber als zwingend zu gelten, wenn keine besondere gesetzliche Erlaubnis zu ihrer Aenderung gegeben ist. Eine allgemeine Ermächtigung, wie sie aus dem Schuldrecht bekannt ist, gibt es im Zivilprozeß nicht und ist auch nicht denkbar bei einem Verfahrensrecht, das die private Selbsthilfe ersetzen soll. Die Vorschriften über die Voraussetzungen und Durchführung der Zwangsvollstreckung gehören demnach dem ius cogens an, weil ihre Abänderung nicht ausdrücklich gestattet ist. Somit kann ein Vertrag darüber auch keine prozessuale Wirkung haben.

Der öffentlich-rechtliche Charakter des Zivilprozeßrechts kann dagegen nicht einfach als Grund für das Verbot des Konventionalprozesses angeführt werden,[15]) da nicht alles öffentliche Recht zwingend und damit vertraglich unabänderlich ist. Eder[16]) nimmt ohne Begründung unmittelbaren Einfluß der „Vereinbarung" auf das Vollstreckungsverfahren an. Nach ihm liegt der Grundfehler bei der Beurteilung des Vollstreckungsvertrages in der Verpflanzung des allgemeinen Vertragsbegriffes auf ihm nicht zugängliche Gebiete, wie hier des Prozeßrechts. Er unterscheidet zwischen „Vereinbarung"[17]) und „Vertrag". Die Vereinbarung dient der Ausgestaltung der besonderen Rechtsstellung des Streitverfahrens als einer der vielen anderen besonderen Rechtsstellungen, wogegen der Vertrag seinen Platz nur in der allgemeinen, gewöhnlichen Rechtsstellung hat. In der besonderen Rechtsstellung des

15) so Pollak, § 16, II.
16) a. a. O., S. 36.
17) daselbst, S. 31 f.

Verfahrens haben die Parteien die verpflichtende Aufgabe, an der Wiederherstellung der verletzten Gemeinschaftsordnung mitzuarbeiten. Insofern die Vollstreckungsabkommen dieses Ziel verfolgen, sind sie zulässig. Dem Vertrag ist von der Gemeinschaftsordnung seine Aufgabe zugewiesen und die Befassung mit Pflichten gegenüber der Gemeinschaft verboten worden. Eder kennt außer der unmittelbaren prozessualen Wirkung der „Vereinbarung" noch den Einfluß des materiellrechtlichen „Vertrages", wodurch mittelbar auch die besondere Rechtsstellung des Verfahrens berührt wird. Also einmal prozessuale, ein anderes Mal nur mittelbare Wirkung der einzelnen Vollstreckungsabkommen? Eder befürchtet ferner,[18]) daß die Parteien das gesetzlich geregelte Vollstreckungsverfahren durch ihre Verfügungsmacht gänzlich außer Kraft setzen bzw. es illusorisch machen könnten. Solche Macht ist den Vertragsschließenden aber gar nicht von den Vertretern der schuldrechtlichen Theorie[19]) eingeräumt worden. Er berücksichtigt nicht, daß die herrschende Meinung nur schuldrechtliche Wirkung des Vollstreckungsvertrages annimmt und auch diese nur innerhalb des Bereiches des dispositiven Prozeßrechts. Für Eder ergibt sich die unmittelbare Wirkung der „Vereinbarung" allein aus der Anerkennung ihres speziellen Zweckes. Da im übrigen Zweck der Abmachungen und vor allem Art der Wirkung ohne Angabe von Gründen behauptet werden, kann nicht weiter darauf eingegangen werden, selbst wenn man seiner Einteilung in „Vereinbarung" und „Vertrag" folgen wollte. Förster-Kann[20]) glaubt, daß bei den gegenständlich beschränkenden Verträgen die Annahme eines prozessualen Einflusses berechtigt ist. Sie allein erstrebten im Gegensatz zu den anderen Arten des Vollstreckungsvertrages keine Aenderung des Vollstreckungsverfahrens und müßten demnach unmittelbar wirken können. Nun gehen aber diese Verträge sehr wohl auf eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Gestaltung des Verfahrens aus. Wenn einzelne Gegenstände aus der Vollstreckung herausgenommen werden sollen und diesen Verträgen unmittelbarer Einfluß zugesprochen würde, dann hätte der Gläubiger eben nicht mehr die gesetzlich vorgesehene Zugriffsmöglichkeit auf das gesamte Vermögen des Schuldners.

---

18) a. a. O., S. 8/9.

19) Bartels, J. W. 1934, S. 1229; Baumbach, 3 A. vor § 704; Hellwig-Oertmann, S. 147/195; Laue, J. W. 1934, S. 675; Lewinsohn, ZZP. 14, S. 118 f.; Oertmann, vor § 241, 6; Pollak, a. a. O. ,S. 51; Raatz, a. a. O., S. 29 f.; Roquette, ZZP. 49, S. 161 f.; Seuffert-Walsmann vor § 704, 1; Stein-Jonas, vor § 704, VI, 6.

20) Förster-Kann, 11 b vor § 704.

§ 8. Schuldrechtliche Wirkung des Vertrages.

Der Vollstreckungsvertrag kann also nur eine schuldrechtliche Wirkung ausüben. Er stellt sich dar als (privatrechtlicher) schuldrechtlicher Vertrag, der den Gläubiger zur Unterlassung bestimmter Handlungen verpflichtet. Das Besondere dieses Vertrages besteht nur darin, daß die versprochene Handlung, bzw. Unterlassung der Zwangsvollstreckung, also dem öffentlichen Recht zugehört. Solche Verträge über einen öffentlich-rechtlichen Tatbestand sind auch sonst häufig anzutreffen. Die Zuteilung zum öffentlichen oder Privatrecht hängt im übrigen von der Wirkung, nicht von dem Inhalt eines Vertrages ab.

Der Satz, daß die Parteien nicht durch Vereinbarung über das Vollstreckungsverfahren, als einem Teil des öffentlichen Rechts, verfügen könnten,[21]) trifft wohl hinsichtlich des prozessualen Einflusses zu. Ueber die schuldrechtliche Wirkung ist damit nichts gesagt. Zwar kann es der Staat dem Einzelnen nicht generell gestatten, sich mit dem öffentlichen Recht vertraglich zu befassen; innerhalb des Vollstreckungsrechts bietet sich den Parteien jedoch Gelegenheit zu einer vertraglichen Regelung. Der Grund dafür, daß öffentlich-rechtliche Beziehungen im allgemeinen nicht zum Inhalt privat-rechtlicher Verträge gemacht werden können, liegt in dem staatlichen Interesse, und nicht etwa schon darin, daß öffentliches Recht vorliegt. Der Gesetzgeber ist aber in unserem Falle nur interessiert an der Innehaltung der gesetzlich festgelegten Grundzüge des Vollstreckungsverfahrens. Soweit diese Richtlinien nicht angetastet werden, ist es den Vertragsschließenden freigestellt, vollstreckungsbeschränkende Abmachungen mit schuldrechtlicher Wirkung zu treffen. Eine solche Wirkung könnte dem vollstreckungsbeschränkenden Vertrag nur insofern versagt werden, als er eine Leistung zum Inhalt hätte, die nicht vom § 241 BGB. umfaßt wird. Zunächst ist zu bemerken, daß nach Satz 2 des Paragraphen als Leistung auch ein Unterlassen gilt. Schuldrechtliche Verträge sind erlaubt, sofern die versprochene Handlung oder Unterlassung möglich und nicht verboten ist.[22]) Nun unterliegt es keinem Zweifel, daß dem Gläubiger ein Verhalten im Sinne der verabredeten Unterlassung im allgemeinen möglich ist. Es liegt an ihm, ob und zu welchem Zeitpunkt er vollstrecken lassen will;

---

21) Hellwig, „Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft", S. 89; Reichenheim, a. a. O., S. 21, 41.

22) Lehmann, „Unterlassungspflichten", S. 136, 155, 232 f.; Wendt, a. a. O., S. 27, 38, 53 f.; RGZ. 102/221.

er darf auch unter den ihm zur Verfügung stehenden Vollstreckungsmaßnahmen wählen. Den Gang des Verfahrens kann er allerdings nicht mehr beeinflussen, nachdem er einmal eine bestimmte Vollstreckungsmaßnahme ausgesucht hat. Das Verfahren ist gesetzlich festgelegt, ein Abkommen darüber verbietet sich also von selbst. Der Gläubiger könnte auch eine dahingehende vereinbarte Verpflichtung gar nicht erfüllen, selbst wenn er guten Willens wäre. Ausdrücklich erlaubt ist die vereinbarte Unterlassung freilich nicht; es besteht aber andererseits auch kein Verbot. Wie schon bei der Frage der Zulässigkeit festgestellt wurde, ist dem Gesetz die Zulässigkeit von Vollstreckungsverträgen zu entnehmen. Die versprochene Unterlassung entspricht mithin auch in dieser Hinsicht den an sie zu stellenden Anforderungen. Daß die vertragliche Unterlassung in der Rechtssphäre liegt, wie es ferner zur (schuldrechtlichen) Wirkung des Abkommens verlangt wird, braucht wohl nicht begründet zu werden.

Es ist schließlich auch bei dem vollstreckungsbeschränkenden, wie bei jedem anderen Vertrag, die Schranke des § 138 BGB. zu beachten, wonach das Abkommen unter besonderen Voraussetzungen wegen Verstoß gegen die guten Sitten nichtig sein kann.

Der Einwand des Konventionalprozesses greift bei dem schuldrechtlich wirkenden Vollstreckungsvertrag nicht durch, da das gesetzlich vorgesehene Verfahren durch den Vertrag nicht abgeändert wird.

Teil IV:

Rechtsbehelfe des Schuldners bei Zuwiderhandeln des Gläubigers.

§ 9: Allgemeines.

Der privatrechtliche Vollstreckungsvertrag mit dem Schuldner verpflichtet den Gläubiger, entweder das Zwangsvollstreckungsverfahren hinsichtlich der Art bzw. dem Umfang abkommengemäß zu betreiben, oder die Vollstreckung überhaupt für einige Zeit auszusetzen. Im allgemeinen wird sich der Gläubiger an diese Vereinbarungen halten. Dieser Fall bietet dann keine Besonderheiten. Anders verhält es sich, wenn der Gläubiger die Vollstreckung dem Vertrag zuwider betreibt. Es ist hier zu prüfen, welche Mittel dem Schuldner zur Verfügung stehen, um sich gegen eine abredewidrige Vollstreckung zu wehren. Zunächst ist noch einmal zu betonen, daß bei einem solchen Verhalten des Vertragspartners die Zwangsvollstreckung nicht ohne weiteres unzulässig und die Art und Weise des Verfahrens fehlerhaft ist.[1]) Durch eine vertragliche Abmachung zwischen den Parteien können keine Vorschriften über das Verfahren mit dieser Wirkung geändert werden. Außerdem wird bei den Vollstreckungsverträgen über den zeitlichen Ausschluß der Zwangsvollstreckung das Verfahren ja überhaupt nicht betroffen. Es wird nur die Vollstreckung im Ganzen für eine bestimmte Zeit durch Abrede ausgeschlossen.

Als Rechtsbehelf des materiellen Rechts hat der Schuldner gegen das vereinbarungswidrige Vorgehen des Gläubigers Schadensersatzansprüche und die Unterlassungsklage. Der Schadensersatzanspruch kann aber dem Schuldner nicht genügen. Mittels dieses Rechtsbehelfes könnte höchstens der entstandene Schaden wieder gutgemacht, nicht aber die Vollstreckung verhindert werden, was für den Schuldner bedeutend wichtiger wäre.

Auch die Unterlassungsklage bietet keinen hinreichenden Schutz. Der Schuldner hat allerdings einen Erfüllungs-, d. h. Unterlassungsanspruch auf Grund der Verletzung des vollstreckungsbeschränkenden Vertrages gegen seinen Vertragspartner. Die Klage geht auf Unterlassung der abkommenwidrigen Vollstreckungsmaßnahme. Der Schuldner wird aber gewöhnlich seinen Anspruch auf Erfüllung, d. h. Unterlassung erst dann geltend machen, wenn der Gläubiger die Vollstreckungshandlungen eingeleitet hat, schon deshalb, weil er vorher meist nichts von der Absicht des Gläubigers weiß. Eine Unterlassung der vorgenommenen Vollstreckungshand-

1) So Baumbach, § 767, 2 b; Neukamp, § 767, 1 c; Stein-Jonas, § 767, II, 1.

lungen ist also dann nicht mehr möglich; an die Stelle des darauf gerichteten Anspruchs tritt wieder der Schadensersatzanspruch (§§ 280, 325 BGB.). Der Anspruch auf Unterlassung hat nur Wert für noch zu erwartende Verstöße des Gläubigers gegen die Vereinbarung. Abgesehen davon wäre der Schuldner durch diesen Rechtsbehelf nur unzureichend gesichert. Das Urteil kann die Zwangsvollstreckung nicht unmittelbar beeinflussen. Der Beklagte kann nur verurteilt werden, die betreffende Vollstreckungsmaßnahmen rückgängig zu machen und weiter kann nur ihm, nicht auch einem Dritten, verboten werden, die Vollstreckung weiter zu führen. Diese Einschränkung ist typisch für eine Unterlassungsklage. Roquette [2]) hat demnach unrecht, wenn er behauptet, daß die Klage auf Unterlassung auch eine Vollstreckungsgegenklage, und zwar eine „vertragliche" sei. Auch die Beschränkungen des § 767 ZPO., wie der ausschließliche Gerichtsstand und die Eventualmaxime, fielen bei dieser Art von Vollstreckungsgegenklage fort. Die Vollstreckungsgegenklage richte sich ferner im Gegensatz zu der „beschränkten" Klage des § 767 ZPO., durch die das Vollstreckungsrecht nur auf dem Wege über den materiellen Anspruch beseitigt werde, gegen das Vollstreckungsrecht selbst. Das Recht zur Zwangsvollstreckung werde innerhalb gewisser Grenzen dadurch erledigt. Roquette spricht der Unterlassungsklage die Wirkungen der eigentlichen „beschränkten" Vollstreckungsgegenklage des § 767 ZPO. zu. Eine solche Wirkung ist jedoch nicht anzuerkennen. Die „vertragliche" Vollstreckungsgegenklage Roquettes ist der Klage des § 767 ZPO. nicht gleichwertig. Ein prozessualer Einfluß auf das Vollstreckungsverfahren ist nicht möglich. Im Urteil bei der Vollstreckungsgegenklage des § 767 ZPO. wird dagegen die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt und darauf nach § 775 Nr. 1 die Einstellung der Vollstreckung herbeigeführt.

Noch deutlicher wird aber die Unzulänglichkeit einer „vertraglichen" Vollstreckungsgegenklage, wenn sich der Schuldner gegen weitere Vollstreckungshandlungen wenden will, die der Gläubiger entgegen dem Urteilsbefehl vornehmen läßt. Hier steht der Schuldner ziemlich hilflos da. Mit Geld- oder Haftstrafe gemäß § 890 ZPO. kann der Gläubiger nur wegen einem bereits erfolgten Zuwiderhandeln gegen das Vollstreckungsverbot belegt werden. und das Verbot braucht von den Vollstreckungsorganen nicht berücksichtigt zu werden, da hierdurch keiner der im § 775 ZPO. aufgeführten Tatbestände, die der Zwangsvollstreckung unmittelbar entgegenstehen, gegeben ist. Es ist weder das zu vollstreckende Urteil aufgehoben, noch die Vollstreckung für unzulässig erklärt

2) a. a. O., S. 172 f.

worden. § 775 Nr. 1 erwähnt nur Urteile, welche die Vollstreckung für unzulässig erklären. Es ist nicht angängig, diese Vorschrift ausdehnend so auszulegen, daß hierunter auch Urteile fallen, die nur dem Gläubiger verbieten, die Vollstreckung weiter zu betreiben. Die „vertragliche" Vollstreckungsklage Roquettes kann also dem Schuldner nicht genügend Schutz gewähren.

Ein geeigneter Rechtsbehelf muß dem Schuldner Möglichkeit bieten, den Gläubiger an der abkommenwidrigen Vollstreckung zu hindern, ohne die Zwangsvollstreckung gegen sich erdulden zu müssen. Denn erstens fällt der Schuldner bei Mittellosigkeit des Gläubigers mit seinem Schadensersatzanspruch ganz aus und zweitens ist ihm auch oft nicht mit einem Ersatz gedient. Es sei hier nur daran erinnert, daß Kostbarkeiten oder für den Schuldner besonders wertvolle Sachen durch die Versteigerung vielleicht unwiederbringlich verloren gehen.

Welche Rechtsbehelfe bietet das Zwangsvollstreckungsrecht dem Schuldner? Abzulehnen sind zunächst für diesen Zweck die Erhebung von Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel (§ 732 ZPO.) und die sofortige Beschwerde des § 793 ZPO. Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel gemäß § 732 ZPO. kann der Schuldner bei Zuwiderhandeln des Gläubigers gegen den Vertrag nicht erheben, da hierunter, abgesehen von den materiellen Einwendungen des § 768 ZPO. (Bestreiten des als bewiesen angenommenen Eintritts der Voraussetzung für die Erteilung der Vollstreckungsklausel), nur formelle Mängel fallen.

Die sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO. richtet sich nur gegen Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts. Vollstreckungshandlungen des Gerichtsvollziehers sind aber keine Entscheidungen, wie ohne weiteres klar ist. Auch die ohne vorherige Anhörung des Schuldners erfolgten Maßnahmen des Vollstreckungsgerichts sind keine solche Entscheidungen. Es liegen demnach die Voraussetzungen für die Beschwerde nicht vor.

Die Berufung des Schuldners auf die Härteklausel des Vollstreckungsmißbrauchsgesetzes vom 13. 12. 1934 ist ebenfalls regelmäßig nicht möglich, da diese nur für außergewöhnliche Fälle geschaffen wurde. Eine gröbliche Härte ist aber im allgemeinen nicht schon darin zu suchen, daß der Gläubiger sich nicht an das Abkommen hält. Nur ganz besondere Umstände könnten evtl. die Anwendung des erwähnten Gesetzes rechtfertigen.

Von den Rechtsbehelfen der Zwangsvollstreckung kommen somit als Abwehrmittel in Frage nur die Erinnerung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung (§ 766 ZPO.) und die Vollstreckungsgegenklage des § 767 ZPO.

§ 10: § 766 ZPO. als Rechtsmittel bei vertraglichen Beschränkungen hinsichtlich der Art des Zwangsvollstreckung?

Vielfach [3]) hat man dem Schuldner bei abkommenwidrigem Vorgehen des Vertragspartners allgemein den Rechtsbehelf der Erinnerung gemäß § 766 ZPO. gegeben. Eine wirkliche Begründung für die unmittelbare Anwendung der Vorschrift vermißt man jedoch außer bei Laue.[4]) Lewinsohn [5]) z. B. glaubt, daß die Vollstreckungsgegenklage nicht angewandt werden könne und entschließt sich deshalb einfach für § 766 ZPO. Nach Laue soll die Erinnerung des § 766 ZPO. nicht nur dazu dienen, gegen eine einzelne Vollstreckungshandlung, sondern auch gegen das ganze Verfahren vorzugehen. Der vollstreckungsbeschränkende Vertrag bewirke die Unzulässgikeit des Zwangsvollstreckungsverfahrens. Wenn die Vollstreckungsorgane das Verfahren dem Vertrag zuwider betreiben, würden sie die Verfahrensvorschriften verletzen. Die Erinnerung dagegen könne erfolgen, trotzdem die Organe infolge Unkenntnis des Vollstreckungsvertrages sich des Verstoßes gegen die Vorschriften gar nicht bewußt sind. Als zweites Argument für die Zulässigkeit der Erinnerung nach § 766 ZPO. führt Laue an, daß von den Rechtsbehelfen der Zwangsvollstreckung nur die Erinnerung des § 766 ZPO. zur Wahrung der Rechte aus dem vollstreckungsbeschränkenden Vertrag in Betracht käme, weil die beiden anderen in Erwägung zu ziehenden Rechtsmittel der §§ 732, 767 ZPO. auszuschalten seien. Da es ein unhaltbarer Zustand wäre, wenn dem Schuldner keiner der Rechtsbehelfe im Zwangsvollstreckungsverfahren zur Verfügung stehen würde, müßte § 766 ZPO. anwendbar sein. Der letzte für die unmittelbare Anwendung des Paragraphen angegebene Grund muß von vornherein ausscheiden, da bei dem Fehlen eines geeigneten Rechtsbehelfes der Tatbestand nicht einfach einem übrig bleibenden Rechtsbehelf untergeordnet werden kann. Aber auch der andere ist nicht überzeugend, obwohl das Ergebnis für die vertraglichen Beschränkungen in der Art zu billigen ist. § 766 ZPO. soll eigentlich nur ein Behelf gegen die formelle Unzulässigkeit der Zwangsvollstrekkungsmaßnahmen sein. Es müssen gesetzliche Vorschriften der Zwangsvollstreckung durch die Vollstreckungsorgane verletzt worden sein; die angegriffene Vollstreckungsmaßnahme hätte ent-

3) Baumbach, § 767, 2 b; Laue, a. a. O., S. 675; Lewinsohn, ZZP. 14/121; Stein-Jonas, § 767, II, 1; Wurzer, a. a. O., S. 449.
4) a. a. O., S. 675.
5) a. a. O., S. 121.

weder überhaupt nicht oder nicht in der Art erfolgen dürfen.[6]) Formell ist die Zwangsvollstreckungsmaßnahme aber in Ordnung. Der Vollstreckungsvertrag ruft nicht schon durch sein bloßes Vorhandensein Unzulässigkeit der abredewidrigen Vollstreckungshandlung hervor. Der Vertrag hat lediglich eine schuldrechtliche Wirkung. Vollstreckungsrechtlich sind die gegen die Vereinbarung verstoßenden Handlungen durchaus zulässig. Den Vollstreckungsorganen sind die Abmachungen zwischen Schuldner und Gläubiger zumeist überdies unbekannt; aber auch im Falle der Kenntnis sollen die Vollstreckungsorgane nach Meinung einiger Autoren[7]) davon keinen Gebrauch machen dürfen. Soweit darf man allerdings m. E. nicht gehen. Es ist doch kaum einzusehen, warum z. B. der Gerichtsvollzieher nicht bei der Auswahl der zu pfändenden Gegenständen das vom Gläubiger nach Maßgabe der Vereinbarung aufgestellte Verzeichnis berücksichtigen können sollte.

Als Rechtsbehelf gegen abkommenwidrige Vollstreckungshandlungen des Gläubigers ist die Erinnerung des § 766 ZPO. ursprünglich also nicht gedacht gewesen. Mit ihr kann an sich nur das Fehlen der formellen Voraussetzungen einer Vollstreckungsmaßnahme gerügt werden.

Wenn die Anwendung des § 766 ZPO. geprüft wird, so kann dieser Rechtsbehelf überhaupt nur bei den Vollstreckungsverträgen über die Beschränkung in der Art in Frage kommen. Allein bei diesen ist ein Verstoß gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung möglich. Die Verträge über den zeitlichen Ausschluß der Vollstreckung wollen an der Form der Vollstreckung nichts ändern. Im Schrifttum wird fast allgemein die Untersuchung der Anwendbarkeit des Rechtsbehelfes für alle vollstreckungsbeschränkende Verträge, auch solche über den Ausschluß der Vollstreckung, angestellt. Man bemerkt nicht, daß Verträge über den Ausschluß der Vollstreckung unmöglich hier mitbehandelt werden können. Nur Eder[8]) erkennt, daß die Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO.), die einigen Schriftstellern als der geeignete Rechtsbehelf für Vollstreckungsverträge überhaupt erscheint, bei Beschränkungen in der Art der Zwangsvollstreckung nicht am Platze ist. Unter § 767 ZPO. fallen nämlich nach allgemeiner Ansicht nur materiellrechtliche Einwendungen, und umfängliche und gegenständliche Beschränkungen haben kaum etwas Materielles an sich. Er plädiert für Zulässigkeit der Erinnerung gegen abkommenwidrige Handlungen bei vertraglichen Beschränkungen in der Art

6) Blomeyer, „Lehrb." § 10, III, 2; Seuffert-Walsmann, § 766, 2 c.
7) Baumbach, a. a. O., § 775; Blomeyer, „Lehrb." § 10, IV, 1.
8) a. a. O., S. 73 f.

und meint, daß die Vollstreckungsvereinbarung den Schutz des § 766 ZPO. ebenso genießen müsse, wie die gesetzlichen Vollstreckungsbeschränkungen der §§ 811, 850 ZPO. Es liege im Wesen seiner „Vereinbarung", daß sie das Verfahren unmittelbar gestalte. Das ist nicht zuzugeben. Die Parteien können durch ihren Vertrag den Vollstreckungsorganen keine zwingenden Weisungen über die Art der Zwangsvollstreckung erteilen. Anderenfalls würde wieder ein Stück Konventionalprozeß in unseren heutigen Zivilprozeß eingeführt.

Schiedermair [9]) der gleichfalls prozessuale Wirkung der Vollstreckungsverträge annimmt, gewährt als Abwehrmittel bei Zuwiderhandlen gegen diese Verträge die Erinnerung gemäß § 766 ZPO. Im Falle abkommenwidriger Vollstreckungsmaßnahmen des Gläubigers fehle es an einer formellen Bedingung der Zwangsvollstreckung. Die Berufung auf den vollstreckungsbeschränkenden Vertrag richte sich gegen das prozessuale Vollstreckungsrecht Da die Einwendung aus dem Vollstreckungsvertrag den Anspruch in materiellrechtlicher Hinsicht nicht berühre, könne der (vor dem Urteil abgeschlossene) Vollstreckungsvertrag auch nicht im Urteil berücksichtigt werden. Die Vollstreckungsgegenklage sei daher abzulehnen und die Erinnerung des § 766 ZPO. der passende Rechtsbehelf. Ein unmittelbar prozessualer Einfluß kann jedoch durch den Vollstreckungsvertrag nicht ausgeübt werden. Aus der gegenteiligen Meinung Schiedermairs erwächst aber die Auffassung von der Möglichkeit einer unmittelbaren Anwendung des § 766 ZPO., auf die deshalb nicht weiter eingegangen zu werden braucht.

§ 11: Analogie des § 766 ZPO. bei Beschränkungen in der Art.

Wir haben festgestellt, daß die Rechtsbehelfe des materiellen Rechts dem Schuldner keinen ausreichenden Schutz gewähren, und daß die Erinnerung des § 766 ZPO. für Einwendungen aus dem Vollstreckungsvertrag nicht geplant war. Ist nun anzunehmen, daß der Schuldner nach dem Willen des Gesetzes bei vertragswidrigem Handeln des Gläubigers ohne Schutz bleiben soll, oder ist die gesetzliche Regelung nur vergessen worden? Es zeigt sich, daß die Einwendungen aus dem vollstreckungsbeschränkenden Vertrag vom Gesetzgeber übersehen worden sind.

Raatz [10]) nennt vier verschiedene Gruppen von Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung, von denen drei eine gesetzliche

9) a. a. O., S. 128 f.
10) a. a. O., S. 59/60.

Normierung gefunden haben. Es sind dies Einwendungen gegen den Bestand des Vollstreckungstitels selbst, gegen den im Urteil festgestellten Anspruch und gegen die formelle Zulässigkeit des Vollstreckungsverfahrens.

Die Geltendmachung der vierten Art von Einwendungen, die sich, ohne gegen den Bestand des Vollstreckungstitels oder den materiellen Anspruch gerichtet zu sein, gegen die materielle Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung wenden, sei vom Gesetz versehentlich nicht festgelegt worden. Raatz hat insofern Recht, als die betreffenden Einwendungen sich gegen die (vertraglich oder aus sonstigem Grunde) unzulässige Vollstreckung richten, macht aber keinen Unterschied bei der Geltendmachung, ob Beschränkungen in der Art und Weise oder über den Ausschluß der Zwangsvollstreckung vorliegen. Das ist nicht angängig. Ebenso wie diese beiden Formen der vertraglichen Vollstreckungsbeschränkungen sind auch die zu ihrem Schutz im geltenden Zivilprozeßrecht in Betracht kommenden Vorschriften (§§ 766 und 767 ZPO.) grundsätzlich verschieden. Die Anwendung des § 766 ZPO. kann nur bei Beschränkungen in der Art erwogen werden. Es ist Raatz aber darin zuzustimmen, daß durch das unbewußte Uebergehen der Einwendungen aus dem Vollstreckungsvertrag eine Lücke im Gesetz entstanden ist. Ein Fall einer Einwendung der Unzulässigkeit der Vollstreckung wegen besonderer Umstände ist gesetzlich geregelt: Die Novelle von 1898 brachte die Bestimmung des § 777 ZPO., nach welcher der Schuldner der Pfändung in sein übriges Vermögen nach § 766 ZPO. insoweit widersprechen kann, als der Gläubiger durch bewegliche Sachen des Schuldners gedeckt ist, die er im Besitz hat und an denen ihm ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht für seine Forderung zusteht. Es handelt sich hier nicht um die formelle Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung, sondern der Schuldner macht geltend, daß der Gläubiger den Grundsatz von Treu und Glauben dadurch verletzt, daß er in das sonstige Vermögen des Schuldners vollstrecken läßt, ohne sich vorher aus der Pfandsache zu befriedigen. Es ist aus der Berücksichtigung dieses Einzelfalles aber nicht zu schließen, daß im übrigen für die letzte Gruppe von Einwendungen die Rechtsbehelfe der Zwangsvollstreckung nicht zur Verfügung stehen. Vielmehr geht aus den Materialien hervor, daß die Einwendungen der bezeichneten Art bei der gesetzlichen Regelung vergessen worden sind. Nach dem Entwurf einer ZPO. sollten nämlich „die verschiedenen möglichen Einwendungen nach großen Gesichtspunkten gesondert und verschieden“ normiert werden. Man hat irrtümlich angenommen, daß es neben den formell-rechtlichen Einwendungen gegen das Vollstreckungsverfahren und den materiellrechtlichen gegen den An-

spruch selbst keine anderen Einwände mehr gäbe. Den typischen Fall der übersehenen Einwendungen bildet die auf Grund des vollstreckungsbeschränkenden Vertrages erhobene. Es muß das Fehlen von gesetzlichen Bestimmungen dadurch weniger fühlbar gemacht werden, daß ein Ausgleich mittels ergänzender Rechtsfindung versucht wird.

Zur Geltendmachung von Einwendungen, die gegen abkommenwidrige Vollstreckungsmaßnahmen bei Beschränkungen in der Art der Zwangsvollstreckung erhoben werden, wäre die Vorschrift des § 766 ZPO. geeignet. Da der Wortlaut des § 766 ZPO. einer ausdehnenden Auslegung der Vorschrift im Wege steht, bleibt nur die Analogie übrig. Bei der Frage der Analogie sind gesetzlich normierte, wesensgleiche Tatbestände zu berücksichtigen. Ein solcher bietet sich uns als einziger in der Bestimmung des § 766 ZPO., da auch in ihr von Einwendungen gegen die Art und Weise der Vollstreckung gehandelt wird.

Zunächst ist das Analogiebedürfnis einer Prüfung zu unterziehen. Entscheidend ist hierbei, ob der Schuldner auch ohne dieses Rechtsmittel der Zwangsvollstreckung einen zureichenden Schutz gegenüber dem Verhalten des Gläubigers hätte. Die Frage ist zu verneinen. Der Schuldner könnte bei Verweigerung des Rechtsmittels des § 766 ZPO. nur nach den erfolgten Vollstreckungsmaßnahmen Schadensersatz verlangen. Das praktische Ergebnis einer Schadensersatzklage ist aber gewöhnlich nicht befriedigend. Teilweise ist die Wiedergutmachung des Schadens überhaupt nicht möglich; zum andern hat der Schuldner evtl. noch weitere Ausgaben neben seinen schon erlittenen Einbußen, wenn der Gläubiger sich als zahlungsunfähig erweist. Außerdem muß der Rechtsbehelf so beschaffen sein, daß der Schuldner den vom ungetreuen Vertragspartner eingeleiteten Vollstreckungshandlungen entgegentreten kann und sie nicht erst erdulden muß. Auch der Unterlassungsanspruch ist für diesen Zweck nicht geeignet, da er keinen wirksamen Schutz bietet. Das Bedürfnis nach einer analogen Anwendung besteht also unbedingt. Es ist ferner noch die Fähigkeit zur Analogie zu untersuchen, da nur bei Vorliegen auch dieser Voraussetzung eine entsprechende Anwendung möglich ist. Umfänglich und gegenständlich beschränkende Verträge, also solche über die Art und Weise des Vollstreckungsverfahrens, bezwecken eine Verfahrensänderung und es müssen deshalb Verstöße dagegen mit dem Rechtsbehelf des § 766 ZPO., durch den Einwendungen gegen die Art der Vollstreckung und das Verfahren zu erheben sind, angegriffen werden können. Auch die Vereinbarung über die Art und Weise der Zwangsvollstreckung befaßt sich ja mit dem Verfahren. Es ist nicht zu verkennen, daß durch die Vor-

schrift des § 766 ZPO. ein dem unsrigen wesensverwandter Tatbestand geregelt ist. Der Unterschied liegt nur darin, daß beim vollstreckungsbeschränkenden Vertrag die Vorschriften hinsichtlich der Art des Verfahrens lediglich von den Vertragsparteien bestimmt wurden, während sie im anderen Falle gesetzlich festgelegt sind.

Die Ausgestaltung des Verfahrens bei der Erinnerung gemäß § 766 ZPO. als Beschlußverfahren des Vollstreckungsgerichts spricht nicht gegen ihre analoge Anwendung. Zum Teil wird nämlich angenommen, daß das Vollstreckungsgericht nur Entscheidungen „ohne zeitraubende und schwierige Maßnahmen" treffen solle, wie dies gewöhnlich bei den Einwendungen des Verfahrensrechts möglich sei. Das Gesetz habe beabsichtigt, dem Vollstreckungsgericht nur Einwendungen aus dem Verfahrensrecht zuzuteilen,[11]) materiellrechtliche Einwendungen dagegen dem Prozeßrecht. Der Streit über das materielle Recht mache umfangreiche und komplizierte Beweisaufnahmen nötig, die nur im ordentlichen Klagewege erledigt werden können. Gewiß ist das Verfahren gemäß § 766 ZPO. vor dem Vollstreckungsgericht ziemlich einfach. Es ist aber keineswegs so, daß die Entscheidungen über die Abmachungen eines vollstreckungsbeschränkenden Vertrages immer schwiergier sind als die sonst vom Vollstreckungsgericht zu treffenden, z. B. über die Entbehrlichkeit von Pfandsachen.[12]) Außerdem können auch im Verfahren nach § 766 ZPO. Zeugen gehört werden. Und vor allem sind doch die Einwendungen aus der vollstreckungsbeschränkenden Vereinbarung über die Art der Vollstreckung den Einwendungen aus dem Verfahrensrecht sehr verwandt; beide rügen die Art und Weise des Verfahrens. Die materielle Rechtslage wird hierdurch wenig oder gar nicht berührt. Auch die Begründung, die in den Motiven zur ZPO.[13]) dafür gegeben wird, daß der Entwurf aus Zweckmäßigkeitsgründen nicht wie andere Prozeßrechte, z. B. das französische, das Vollstrekkungsgericht über sämtliche Einwendungen im Vollstreckungsverfahren entscheiden lassen wolle, kann aus demselben Grunde nicht für eine Ablehnung der analogen Anwendung des § 766 ZPO. herangezogen werden.[14]) Der Entwurf sah deshalb von der

---

11) So LG. Bielefeld, J. W. 1933, 1905; LG. Dresden, J. W. 1933, S. 2850.

12) Bemerkenswert ist, daß der Ausschuß bei der Beratung des neuen Zwangsvollstreckungsrechts die Entscheidung durch das Vollstreckungsgericht über alle Einwendungen in der Vollstreckung erwogen hat, weil das Verfahren bei der Vollstreckungsgegenklage zu umständlich sei (Volkmar im Jb. d. Ak. f. D. R., 1935, S. 39).

13) Hahn, Materialien, II, 1, S. 436.

14) so Raatz, S. 63 f.

Durchführung dieses Grundsatzes ab, weil dabei die nahe Beziehung der Einwendungen aus dem Anspruch zu dem vorhergehenden Prozeß unberücksichtigt geblieben wäre, wodurch es zu widersprechenden Entscheidungen käme. Bei dem vollstreckungsbeschränkenden Vertrag, der die Art und Weise des Verfahrens regeln soll, handelt es sich aber gerade nicht um Einwendungen, die den Anspruch selbst betreffen. Es entfällt damit auch der gegen die entsprechende Anwendung des § 766 ZPO. von Raatz geltend gemachte Einwand.

Da auch keine anderen Anzeichen dafür vorliegen, daß § 766 ZPO. Ausnahmevorschrift und daher der Analogie nicht zugänglich sei, ist die analoge Anwendung der Bestimmung zu bejahen.

§ 12: Unmittelbare Anwendung des § 767 ZPO. bei Verträgen über den zeitlichen Ausschluß der Vollstreckung?

Die Vollstreckungsgegenklage des § 767 ZPO. erscheint vielen Schriftstellern[15]) und häufig auch der Rechtsprechung[16]) als das Rechtsmittel gegen abkommenwidrige Maßnahmen des Gläubigers in der Zwangsvollstreckung. Ueberwiegend wird die Vorschrift unmittelbar angewendet. Die Anwendbarkeit der Vollstreckungsgegenklage wird dabei wiederum allgemein außer von Eder für sämtliche Formen der Vollstreckungsverträge bejaht, obwohl doch Verträge über die Aenderung des Verfahrens, also die Art und Weise der Vollstreckung nicht hierher gehören können. In Frage kommt eine Anwendung der Bestimmung höchstens für Verträge über den zeitlichen Ausschluß der Zwangsvollstreckung, weil Beschränkungen in der Art des Vollstreckungsverfahrens keinen materiellen Anhalt haben. Hinsichtlich der Begründung für die Anwendung der Vorschrift des § 767 ZPO. herrscht allerdings kaum Einigkeit. Kohler[17]) gewährt dem Schuldner bei Zuwiderhandeln des Gläubigers den Rechtsbehelf des § 767 ZPO., weil der Streit

---

15) Blomeyer, „Lehrb.", S. 49, IV, 2; Büttner, a. a. O., S. 34; Geib, a. a. O., S. 137; O. Hein, S. 579; W. Hein, a. a. O., S. 144, Anm. 1; Hellwig-Oertmann, S. 147, 195; Kohler, „Ges. Beitr.", S. 166; Arch. Ziv. Pr. 80/190 f.; Langheineken, a. a. O., S. 181; Reichel, a. a. O., S. 231; Seuffert-Walsmann, § 767, 2, 3 a; Sintenis, a. a. O., S. 407 f.; Struckmann-Koch, § 767, 1; v. Tuhr, S. 328. Nur für gegenständliche Beschränkungen und Ausschluß: Förster-Kann, 11 b vor § 704, § 767, 3 a.

16) RG. in J. W. 1901/122; Seuff. Arch. 44/375; RGZ. 46/336; Seuff. Arch. 56/214; J. W. 1933/2211; OLG. Dresden, Sächs. Arch. 1892/171; OLG. Hamburg, Seuff. Arch. 47/174; OLG. Hamm, Rspr. 20/339; OLG. Karlsruhe, Rspr. 13/188; OLG. Stuttgart, Seuff. Arch. 43/474; Rspr. 11/107, 25/163.

17) Kohler, „Ges. Beitr.", S. 166/7.

über die Möglichkeit, den Anspruch in bestimmter Weise in Exekution zu setzen, oder über die Reaktionsfähigkeit als einer integrierenden Eigenschaft des Anspruchs den Anspruch selbst betreffe. Für diese materiellrechtliche Einwendung komme deshalb nur die Berufung auf § 767 ZPO. in Betracht. Er setzt die Vollstreckbarkeit des Schuldtitels mit der Realisierbarkeit des Anspruchs gleich. Hierzu bemerkt Roquette,[18]) daß es zwar keinen Anspruch ohne die Möglichkeit der Realisierung gebe, die Vollstreckbarkeit des Titels jedoch nur das Mittel dazu sei. Wenn man die Begriffe „Vollstreckbarkeit" und „Realisierbarkeit" identifiziere, so unterscheide man das Mittel nicht von dem Zweck. Das sei aber unmöglich. Man muß ihm darin beipflichten. Eine wesentliche Eigenschaft des Schuldtitels kann nicht mit einer solchen des Anspruchs identisch sein, ebenso wie es der Schuldtitel nicht mit dem Anspruch ist. Einzelne Autoren[19]) haben sogar versucht, die Einwendung aus dem Vollstreckungsvertrag gegen vertragswidrige Handlungen ohne weiteres als eine materiellrechtliche Einwendung gegen den Anspruch zu erklären, um so die unmittelbare Anwendung des § 767 ZPO. zu ermöglichen, der ja nach übereinstimmender Ansicht nur für materiellrechtliche Einwendungen geeignet ist. Diese Meinung ist mit dem Wortlaut der Bestimmung nicht zu vereinbaren. Wie schon erwähnt, sollen mit Hilfe des § 767 ZPO. nur Einwendungen gegen den Anspruch selbst geltend gemacht werden können. Die Einwendungen müssen den Anspruch nach materiellem Recht entweder ganz oder teilweise vernichten oder dauernd bzw. teilweise entkräften. Gegen den Anspruch richtet sich die Einwendung auf Grund des vollstreckungsbeschränkenden Vertrages aber nicht. Der Schuldner greift in den uns beschäftigenden Fällen nur die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung durch den Gläubiger an. Durch ein solches Hinwegsetzen über den Gesetzestext kann die Vorschrift als Rechtsmittel für unsere Zwecke nicht herangezogen werden.

Abzulehnen ist auch die Ansicht, die in dem abkommenwidrigen Verhalten des Gläubigers eine gegen die guten Sitten verstoßende Schadenszufügung erblickt und den Vertragspartner deshalb nach § 826 BGB. ersatzpflichtig[20]) macht. Der Schadensersatzanspruch, der hier wie regelmäßig auf Naturalrestitution, also Rückgängigmachung der abkommenwidrigen Maßnahmen gerichtet sei, solle darnach die Arglisteinwendung (exceptio doli) mit Hilfe

---

18) a. a. O., S. 168.

19) Falkmann, a. a. O., S. 389; O. Hein, a. a. O., S. 579; Hommel, a. a. O., S. 64; Seuffert-Walsmann, § 767, 2.

20) Büttner, a. a. O., S. 34; Geib, a. a. O., S. 210; Kohler, „Ges. Beitr.", S. 166; Seuffert-Walsmann, § 767, 3 a; RG. J. W. 1901/122.

des § 767 ZPO. geltend gemacht werden können. Es ist aber nicht zuzugeben, daß eine Vertragsverletzung allein schon immer arglistig wäre. Für ganz besonders gelagerte Fälle mag dies freilich zutreffen. Abgesehen davon wendet sich (selbst bei Vorliegen eines arglistigen Verhaltens des Gläubigers) der Einwand der Arglist nicht gegen das Bestehen des Anspruchs, sondern gegen die Möglichkeit der Vollstreckung. Eder [21]) faßt die Verträge über Ausschluß oder zeitliche Beschränkung der Zwangsvollstreckung als Abmachung über das materielle Schuldverhältnis auf, welche die allgemeine Rechtsstellung der Parteien ändert. „Die Sachlage ist genau dieselbe, wie wenn die Parteien Stundung oder Erlaß verabredet hätten" ... „wird es sich nicht vermeiden lassen, daß ein Urteil (durch verabredeten gänzlichen oder zeitlichen Ausschluß der Vollstreckung) einmal gegenstandslos wird" (S. 58/59).

Nach dieser Angleichung der Abmachungen an Erlaß bzw. Stundung fällt es natürlich nicht schwer, § 767 ZPO. unmittelbar anzuwenden, da ja die Einwendung jetzt gegen den Anspruch selbst gerichtet wäre. Eder tut dies denn auch, indem er ohne weitere Begründung feststellt, daß für Verträge nach Abschluß des Erkenntnisverfahrens die Bedingungen für die Anwendung des § 767 ZPO. erfüllt sind. Bei Verträgen vor Abschluß des Verfahrens sollen durch den Haftungsvorbehalt im Urteil nach den §§ 785, 767, 769 ZPO. dieselben Voraussetzungen geschaffen werden.[22]) Die Haftungsbeschränkung der §§ 780 f. ZPO. eröffne die Möglichkeit der Berücksichtigung einer Aenderung der allgemeinen Rechtsstellung in der Zwangsvollstreckung. Vertragliche Beschränkung des Schuldverhältnisses und gesetzliche Haftungsbeschränkung fallen für Eder unter denselben Zweckgedanken, daß nämlich auf Grund der materiellen Rechtsstellung die Vollstreckung gewissen Beschränkungen unterworfen ist und das Bedürfnis nach einer Entscheidung des Gerichts besteht. Die zeitliche Vollstreckungsbeschränkung muß der Schuldner in der Verhandlung vorbringen. Ohne den Vorbehalt im Urteil sieht Eder für die Verträge vor dem Urteil keine Möglichkeit der Anwendung des § 767 ZPO. Mit der einfachen Umdeutung der Vollstreckungsverträge über zeitlichen Ausschluß der Zwangsvollstreckung in eine Stundung durch Eder kann man sich nicht einverstanden erklären. Die vollstreckungsbeschränkenden Verträge haben zwar praktisch meist die gleiche Wirkung, können aber unmöglich ohne weiteres einer Stundung gleichgestellt werden. Wenn die Parteien Stundung vereinbaren wollten, hätte es ihnen doch frei gestanden,

21) a. a. O., S. 31 f. und S. 58 f.
22) Eder, a. a. O., S. 68 ff.

dies durch einen entsprechenden Vertrag zu tun. Eine unmittelbare Anwendung der Vorschrift des § 767 ZPO. für Einwendungen aus dem Vertrag über zeitlichen Ausschluß der Zwangsvollstreckung ist also ausgeschlossen. Auch der Weg ausweitender Auslegung der Bestimmung [23]) kann nicht beschritten werden. Er wird versperrt durch den Wortlaut des Gesetzes. Denn obwohl die Grenzen der ausdehnenden Auslegung nicht festliegen, ist doch soviel gewiß, daß die Auslegung da aufhören muß, wo sie sich in Widerspruch zu dem Text des Gesetzes setzen würde. Dieser Widerspruch wäre vorhanden, wenn man die Einwendungen gegen die Vollstreckung mit unter die Bestimmungen des § 767 ZPO. fallen lassen würde; im § 767 ZPO. werden nur die Einwendungen gegen den Anspruch erwähnt, nicht aber solche gegen die Vollstreckung, wie sie in dem Fall der Berufung auf den Vollstreckungsvertrag vorliegen.

§ 13: Mittelbare Anwendung des § 767 ZPO.

Da die Vorschrift des § 766 ZPO. nur für Vollstreckungsverträge über Verfahrensänderung in Betracht kommt, ist bei Zuwiderhandlungen gegen Vereinbarungen über den zeitlichen Ausschluß der Zwangsvollstreckung nur die entsprechende Anwendung des § 767 ZPO. in Erwägung zu ziehen.

Dieser Paragraph enthält als einziger einen wesensgleichen Tatbestand. Die Einwendung gegen die durch Abkommen ausgeschlossene Zwangsvollstreckung ähnelt den Einwendungen des § 767 ZPO. insofern, als auch sie einen gewissen materiellen Charakter hat. Mit ihr wird die Ausschaltung der Zwangsvollstreckung für eine bestimmte Zeit geltend gemacht. Der Gläubiger darf gemäß dem Abkommen mit dem Schuldner seinen Anspruch innerhalb dieser Frist nicht durchsetzen. Es ist offensichtlich, daß die Einwendung Aehnlichkeiten mit den materiellrechtlichen gegen den Anspruch aufweist. Die Vorschrift des § 767 ZPO. würde auch den Interessen des Schuldners, der sich sonst gegen das illoyale Verhalten des Vertragspartners nicht recht zu schützen vermag, am besten dienen.

Das Analogiebedürfnis ist gegeben, da dem Schuldner kein anderer wirksamer Rechtsbehelf zur Verfügung steht. Schadensersatzanspruch und Unterlassungsklage bieten, wie schon festgestellt, keinen hinlänglichen Schutz.

Die Fähigkeit zur Analogie muß gleichfalls anerkannt werden, und zwar selbst dann, wenn man § 767 ZPO. als Ausnahme-

23) dafür Blomeyer, J. W. 1933, 1905; vgl. auch: Lehrbuch, S. 49.

vorschrift ansieht. Die Tatsache, daß der Paragraph Ausnahmevorschrift ist, weil er eine Beschränkung des Schuldners bezweckt und daher eng ausgelegt werden muß, wird nämlich von Roquette [24]) und dem Reichsgericht [25]) als Grund dafür angeführt, daß eine analoge Anwendung der Bestimmung nicht möglich ist. Im allgemeinen können Ausnahmevorschriften freilich nicht entsprechend angewendet werden. In unserem Fall trifft dies aber nicht zu. Die Eigenschaft der Paragraphen als eng auszulegende Ausnahmebestimmung ist der analogen Anwendung oder der ausdehnenden Auslegung sicher hinderlich, soweit Einwendungen gegen den materiellrechtlichen Anspruch geltend gemacht werden, die von ihm offenbar abschließend erfaßt werden sollen. Solche Fälle behandeln aber die oben erwähnten Entscheidungen des Reichsgerichts, nämlich Einwendungen der Aufrechnung und der arglistigen Täuschung, wobei der Grund der Einwendungen *vor* der letzten mündlichen Verhandlung entstanden war. Das Reichsgericht gelangt deshalb wegen der Einschränkung des § 767, II ZPO. zur Verneinung der ausweitenden Auslegung der Vollstreckungsgegenklage. Diese Ansicht ist für die dem Reichsgericht zur Beurteilung stehenden Tatbestände durchaus zutreffend. Die Möglichkeit der entsprechenden Anwendung des § 767 ZPO. besteht aber trotz seiner Anerkennung als Ausnahmebestimmung, wenn das Gesetz die hier interessierenden Einwendungen versehentlich nicht geregelt hat, obwohl es für alle *denkbaren* Einwendungen Rechtsbehelfe schaffen wollte. Roquette [26]) versucht, den unbefriedigenden Zustand, in den er durch die Ablehnung der analogen Anwendung der Vorschrift des § 767 ZPO. versetzt wird, dadurch zu beseitigen, daß er die auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung gerichtete Klage zu einer „vertraglichen Vollstreckungsgegenklage" stempelt. Diese umgewandelte Unterlassungsklage Roquettes schützt aber den Schuldner, wie schon gezeigt, durchaus nicht in so genügendem Maße wie die Vollstreckungsgegenklage des § 767 ZPO., vor allem, weil die Einstellung der Zwangsvollstreckung nicht erzwungen werden kann. Laue [27]) glaubt eine entsprechende Anwendung des § 767 ZPO. ablehnen zu müssen, weil sie dem Sinn und Zweck der Vorschrift widersprechen würde. Die Vollstreckungsgegenklage sei nämlich deshalb bei dem *Prozeßgericht* erster Instanz zu erheben, weil dieses Gericht den Sachverhalt genau kenne und darum auch berufen sei, über die Einwendungen, die den Anspruch des Vorprozesses selbst angingen, zu entscheiden.

24) a. a. O., S. 169.
25) RGZ. 64/230; J. W. 1913, 103.
26) a. a. O., S. 169.
27) Laue, a. a. O., S. 675.

Da der vollstreckungsbeschränkende Vertrag und die Einwendung daraus mit dem materiellen Anspruch nichts zu tun habe, gehöre der Einwand auch nicht speziell vor dieses Forum, sondern es könne ebensogut ein anderes Gericht darüber urteilen. Richtig ist, daß die Tatsache des Vertrautseins mit dem Sachverhalt bei der Zuweisung der materiellrechtlichen Einwendungen an das Prozeßgericht eine Rolle gespielt hat. Ausschlaggebend für die Zuteilung an das Prozeßgericht sind diese Gedanken jedoch nicht gewesen. Der Prozeßrichter hat sich auch mit materiellrechtlichen Einwendungen zu befassen, die den Vorprozeß kaum oder überhaupt nicht berühren, wie z. B. solchen aus den §§ 771, 805, 878 ZPO. Diese Ansicht findet ihre Bestätigung durch die Auslegung des Reichsgerichts[28]) und namhafter Schriftsteller,[29]) nach der mit dem Prozeßgericht im Sinne von § 767 ZPO. das Prozeßgericht als Gesamtheit gemeint ist und nicht etwa nur die Abteilung des Gerichts, die den Vorprozeß behandelt hat. Es kann demnach durch die Geschäftsverteilung dahin kommen, daß die Vollstrekkungsgegenklage an eine andere Kammer gelangt, als an diejenige, welche den Vorprozeß zu beurteilen hatte. Die Regelung der Zuständigkeit im § 767 ZPO.. würde hierdurch nicht verletzt. Laue kann also bei einer solchen Auffassung dessen, was hier unter Prozeßgericht zu verstehen sei, kaum Recht behalten. Es ist vielmehr so, daß die materiellrechtlichen Einwendungen deshalb vom Prozeßgericht entschieden werden sollen, weil diese Einwendungen manchmal verhältnismäßig schwierig zu beurteilen sind. Das Gesetz hielt deshalb aus praktischen Gründen eine Entscheidung des Prozeß-, und nicht des Vollstreckungsgerichts für angebracht.

Es ist abschließend festzustellen, daß Einwendungen aus Verträgen über den zeitlichen Ausschluß der Zwangsvollstreckung mit Hilfe des § 767 ZPO. geltend gemacht werden können.

§ 14: Verträge über die Zwangsvollstreckung, die vor der letzten mündlichen Verhandlung geschlossen wurden.

Nach der Ansicht einiger Autoren[30]) soll wegen § 767, II ZPO. die unmittelbare Anwendung der Vorschrift auf diejenigen Vollstreckungsverträge unmöglich sein, die *vor* dem im Paragraphen angegebenen Zeitpunkt geschlossen wurden. Wenn dies zutrifft, so wäre logisch auf die vor dieser Zeit getätigten Abkommen über

28) RGZ. 45/343; 47/380.

29) Falkmann, a. a. O., S. 381; Hellwig-Oertmann, S. 194; Seuffert-Walsmann, § 767, 7 a; Stein-Jonas, § 767, IV.

30) Bartels, J. W. 1933, 2850; Dackweiler, J.W. 1934/1155; Lewinsohn, a. a. O., S. 121.

den zeitlichen Ausschluß der Vollstreckung auch die analoge Anwendung ausgeschlossen.

Für die Analogie des § 766 ZPO. bei Verträgen über die Art und Weise der Zwangsvollstreckung, deren Abschluß vor dem erwähnten Zeitpunkt liegt, würden sich dagegen auch bei Richtigkeit dieser Meinung keine Schwierigkeiten ergeben, da die entsprechend anzuwendende Bestimmung keine ähnliche Einschränkung macht.

Gemäß § 767, II ZPO. muß der Grund, auf dem eine unter die Vorschrift fallende Einwendung beruht, nach dem Schluß der mündlichen Verhandlung entstanden sein, in der ihre Geltendmachung hätte erfolgen müssen. Da der Grund der Einwendung in dem Vertragsschluß, also hier vor dem im § 767, II ZPO. genannten Zeitpunkt liege, hätte sie nach der Meinung der genannten Schriftsteller spätestens in der letzten mündlichen Verhandlung geltend gemacht werden müssen und der Absatz 2 des Paragraphen würde deshalb keine Anwendung der Vollstreckungsklage gestatten.

Bei der jetzt zu betrachtenden Art von Vollstreckungsverträgen ist der Grund, auf den die Einwendung zurückgreift, unzweifelhaft schon mit dem Abschluß des Abkommens gegeben. Die gegenteilige Lehre,[31]) die den Grund zur Einwendung erst mit der Zuwiderhandlung des Gläubigers gegen den Vertrag entstehen lassen will, verstößt gegen den Text des Gesetzes, nach welchem der Grund der Einwendung maßgebend ist, nicht aber der äußere Anlaß dazu, als welcher die gegen die Vereinbarung verstoßende Einleitung der Vollstreckungsmaßnahmen anzusehen ist.

Es geht natürlich auch nicht an, über die einschränkende Bestimmung des § 767 Abs. II ZPO. gänzlich hinwegzusehen und bei Verstoß gegen Verträge über den Ausschluß der Vollstreckung, die vor dem Urteil liegen, einfach die Anwendung der Vollstreckungsklage zu gestatten.[32]) Mit einem derartigen Verfahren könnte man jedes Ergebnis herbeiführen.

Die Erkenntnis, daß der Grund zur Entstehung der Einwendung aus dem vollstreckungsbeschränkenden Vertrage vor der letzten mündlichen Verhandlung entstanden ist, kann die Unterstellung des vorliegenden Tatbestandes unter die Vorschrift des § 767 ZPO. nicht verbieten, weil der Absatz II des Paragraphen nur dann Bedeutung hat, wenn die Einwendung im Erkenntnisverfahren überhaupt geltend gemacht werden könnte.

---

31) Hellwig-Oertmann, S. 147, Anm. 21; S. 195, Anm. 20; Kohler, „Ges. Beitr.", S. 166; Roquette, a. a. O., S. 171; Seuffert-Walsmann, § 767, 3 a; Stein-Jonas, § 767 ,Nr. 57.

32) Blomeyer, „Lehrb.", S. 49/50; O. Hein, a. a. O., S. 579; Weidert, a. a. O., S. 38; Struckmann-Koch, § 767, 1.

Die Erhebung von Einwendungen auf Grund des Vollstreckungsvertrages ist aber im Erkenntnisverfahren aus objektiven Gründen nicht möglich.[33]) Der Vertrag und die darauf fußende Einwendung haben innerlich mit dem Anspruch des Erkenntnisverfahrens nichts zu schaffen. Die Einwendung, die sich gegen abkommenwidrige Vollstreckungsmaßnahmen des Gläubigers richtet, kann im Hauptprozeß gar nicht angebracht werden. Sie würde, da der Vertrag erst für die Zeit nach dem Urteil Wert erhalten soll, gar keinen Einfluß auf das Urteil ausüben. Die Einwendungen können also ihrer Natur nach erst in der Vollstreckungsinstanz geltend gemacht werden, da vor dem Zeitpunkt der Zuwiderhandlung des Gläubigers kein Grund und Platz dafür ist. Hierher gehört auch die Einwendung der schikanösen Vollstreckung, die im Gesetz zur Verhütung mißbräuchlicher Ausnützung von Vollstreckungsmöglichkeiten vom 13. 12. 1934 geregelt ist, und gleichfalls mittels der Bestimmung des § 767 ZPO. erhoben werden soll.[34]) Denn auch dieser Einwand ist naturgemäß nicht im Erkenntnisverfahren, sondern erst in der Vollstreckungsinstanz vorzubringen. Es kann demnach der Tatsache, daß der Grund für die Einwendung vor der letzten mündlichen Verhandlung entstanden ist, kein großes Gewicht beigemessen werden. So erkennt das Reichsgericht[35]) die Anwendung der Vollstreckungsgegenklage des § 767 ZPO. dem Schuldner auch zu, wenn der Gläubiger die Urteilsforderung durch Aufrechnung zum Erlöschen brachte, obwohl sich die Forderungen schon vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung aufrechenbar gegenüberstanden. Es wird zugestanden daß für diesen Fall die Einschränkung des § 767, II ZPO. keine Geltung hat. Auch hier ist es ebenso, daß die Erhebung der Einwendung nur in der Vollstreckungsinstanz Sinn hat. Diese Entscheidung hat die Zustimmung zahlreicher Schriftsteller[36]) gefunden. Wenn Eder[37]) als Beweis für den Einzelwert der Entscheidung des Reichsgerichts angibt, daß bei Aufrechnung des Schuldners § 767 ZPO. auch nach Ansicht des Reichsgerichts nicht anwendbar sei und diese Lage der des Vollstreckungsvertrages sehr ähnele, so sieht er dabei nicht richtig. Die von ihm selbst erklärte Aufrechnung hätte ja der Schuldner auch schon vor dem

---

33) Subjektive Gründe, z. B. Unkenntnis des Schuldners von der Entstehung des Einwendungstatbestandes, sind freilich nicht hierher zu rechnen; diese gehören zum Bereich des § 767, II ZPO.

34) so Weidert, a. a. O., S. 36; KG. Rspr. 4/145; OLG. München, Rspr. 31/96.

35) J. W. 1902, S. 532, Nr. 8.

36) Baumbach, § 767, 5; Förster-Kann, § 767, 3 c, bb; Seuffert-Walsmann, § 767, 3 b; Stein-Jonas, § 767, Nr. 55.

37) a. a. O., S. 71, Anm. 331.

Urteil seit Bestehen der Aufrechnungsklage vorbringen können. Es geschieht also kein Unrecht, wenn man ihm jetzt zur Geltendmachung seiner „Einwendung" den Gebrauch des § 767 ZPO. verweigert. Bei Gewährung der Vollstreckungsgegenklage wäre außerdem durch sein Säumen während des Erkenntnisverfahrens die gesamte Tätigkeit des Gerichts im Prozeß umsonst gewesen. Die Einwendung aus dem vollstreckungsbeschränkenden Vertrag erlangt aber doch gerade erst Bedeutung durch die Zuwiderhandlung des Gläubigers gegen das Abkommen. Im Hauptprozeß wäre sie völlig fehl am Platze.

Das Problem, in welcher Weise der Schuldner bei Verstößen des Gläubigers gegen Abmachungen über Offenbarungseids- und Konkursverfahren (bzw. gänzlichen Ausschluß der Vollstreckung) vorgehen kann, braucht nicht weiter erörtert zu werden, da diese Abkommen unwirksam sein müssen. Raatz,[38]) der die Zulässigkeit dieser Abreden bejaht und die Anwendung der in Frage kommenden Rechtsbehelfe bei Verletzung dieser Art von Verträgen untersucht, muß selbst eingestehen, „daß hier alles äußerst streitig ist".[39]) Es mag deshalb dahingestellt sein, welche der verschiedenen Ansichten am meisten gerechtfertigt sind.

---

38) a. a. O., S. 78 f.

39) Die Rechtsprechung hat sich z. T. auf den Standpunkt gestellt, daß § 900, III ZPO. bei abkommenwidrigen Maßnahmen des Gläubigers im Falle des Vertrages über das Offenbarungseidsverfahren nicht anwendbar sei, da mit diesem Widerspruch nur formelle Mängel des Verfahrens angegriffen werden dürfen. Raatz (S. 78) ist anderer Meinung, da nichts darauf hinweise, daß unter die Vorschrift des § 900 ZPO. wie bei § 766 ZPO. nur Einwendungen gegen die formelle Zulässigkeit fallen sollten. Die einredeweise geltend gemachte Leistungsverweigerung des Eides sei ein typischer Fall des „Bestreitens" gemäß § 900 ZPO. (Die Berufung auf materiellrechtliche Einwendungen gegen den Anspruch bei Bestreiten der Pflicht zur Eidesleistung schließt er allerdings wieder aus.)

Bei Zuwiderhandlung gegen Verträge über den Ausschluß des Konkurses soll der Schuldner nach Raatz (S. 80) die Einwendung aus dem vollstreckungsbeschränkenden Vertrag in der Hauptprüfung über die Voraussetzungen des Konkursverfahrens vorbringen können (§ 105, II KO.).

Teil V:

§ 15: Zusammenfassung.

Als Ergebnis der Untersuchung ist festzuhalten, daß der vollstreckungsbeschränkende Vertrag durchaus, auch nach dem Entwurf, zulässig ist, Abreden über den gänzlichen Ausschluß der Zwangsvollstreckung sowie über den Ausschluß des Offenbarungseids- und Konkursverfahrens dagegen aus öffentlichem Interesse unwirksam sind.

Der Schuldner erhält als Rechtsbehelf gegen das abkommenwidrige Vorgehen seines Gläubigers bei Vollstreckungsverträgen über die Art und Weise des Verfahrens die Erinnerung des § 766 ZPO., während ihm bei Verstößen gegen den zeitlichen Ausschluß der Zwangsvollstreckung die Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO.) zugestanden wird. Mit der analogen Anwendung der beiden Vorschriften ist dem Schutzbedürfnis des Schuldners Genüge getan. Er kann hierdurch, vor allem im Wege der einstweiligen Anordnungen (§ 769 ZPO.), weitere, mit dem Abkommen nicht zu vereinbarende Vollstreckungsmaßnahmen des Vertragspartners verhindern, was für ihn praktisch außerordentlich wichtig ist.

Die Heranziehung der wesensverwandten Tatbestände der §§ 766, 767 ZPO. ist natürlich nur ein Notbehelf, der vermeiden soll, daß der Schuldner dem illoyalen Verhalten des Gläubigers preisgegeben ist. Es ist sehr zu wünschen, daß die Fragen, welche die sozial und wirtschaftlich so wichtige Rechtsform des vollstreckungsbeschränkenden Vertrages berühren, ihren Niederschlag im künftigen Gesetz finden. Es könnte dies z. B. in der Form geschehen, daß die Einwendungen aus dem Vollstreckungsvertrag den hier zu Hilfe genommenen Paragraphen unterstellt werden. Den Abmachungen über den Ausschluß des Offenbarungseids- und Konkursverfahrens sowie über den gänzlichen Ausschluß der Zwangsvollstreckung ist dabei allerdings aus den angeführten Gründen die gesetzliche Anerkennung ausdrücklich zu versagen.

Teil VI:
Anhang.

§ 16: Der Vollstreckungsvertrag nach dem Entwurf.

Auch der Entwurf einer ZPO. von 1931 hat die mit dem Vollstreckungsvertrag zusammenhängenden Rechtsfragen leider nicht gesetzlich geregelt. Es ist ihm aber zu entnehmen, daß der Vollstreckungsvertrag auch unter seiner Herrschaft zulässig sein würde. Im Vergleich zum geltenden Recht ergeben sich aber einige Abweichungen bei der Behandlung der vollstreckungsbeschränkenden Vereinbarung.

Der Entwurf faßt z. B. das Offenbarungseidsverfahren als ein besonders geartetes Verfahren auf, das zur Aufklärung des Massetatbestands dienen soll und dem Ermessen des Vollstreckungsgerichts überlassen bleibt (§§ 775—779 Entw.). Der Gläubiger kann keinen direkten Einfluß auf dieses Ermittlungsverfahren ausüben; auch sein Antrag auf Bestimmung eines Termins zur Leistung des Offenbarungseids (§ 900 ZPO.) spielt keine Rolle mehr. Es ist demgemäß ein Abkommen der Parteien über den Ausschluß des Offenbarungseids unwirksam. Diese Regelung ist im Interesse des Schutzes der Oeffentlichkeit durchaus zu begrüßen und stützt zugleich die hier vertretene Ansicht, daß Verträge über das Offenbarungseids- und Konkursverfahren auch für das geltende Recht keine Wirksamkeit haben.

Wegen dem Fehlen einer gesetzlichen Festlegung ist die Frage der Rechtsbehelfe des Schuldners bei vertragswidrigem Vorgehen des Gläubigers aus ähnlichen Gesichtspunkten wie im gegenwärtigen Recht zu beantworten. Einwendungen wie im Falle des Vollstreckungsvertrages, die sich gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung wenden, nicht aber auch gegen den Anspruch selbst oder den Bestand des Vollstreckungstitels, sind vom Gesetz vergessen worden. Es müssen demnach die Rechtsbehelfe des Vollstreckungsrechts zur analogen Anwendung herangezogen werden.

Bei Verträgen über Beschränkungen in der Art und Weise der Vollstreckung sind gemäß § 819 Entw., der die vollstreckungsabwendenden Umstände behandelt, die §§ 838, 844 Entw. entsprechend anzuwenden, in denen das Rechtsmittel der Erinnerung geregelt ist.

Eine Analogie der Vollstreckungsklage bei vertraglichem, zeitlichem Ausschluß der Zwangsvollstreckung ist jedoch nicht möglich. Nach der Regelung des Entwurfs werden im Gegensatz zum

heutigen Recht materiellrechtliche Fragen prinzipiell im Vollstreckungsverfahren, nicht mehr im Rechtswege behandelt. Bei den Einwendungen, die mit dem jetzigen § 767 ZPO. geltend gemacht werden, nimmt der Entwurf eine Zweiteilung vor. Einwendungen, die sich auf die Entstehung des Anspruches beziehen, müssen im Klagewege gemäß § 845 Entw. vorgebracht werden; für solche, die sich auf nachträgliche Veränderungen des Anspruchs gründen, „vollstreckungsabwendende Umstände", ist nach §§ 818, 819 Entw. die Erinnerung des § 844 Entw. gegeben. Für gewisse Fälle ist bei einem vollstreckungsabwendenden Umstand die „besondere Vollstreckungsbeschwerde" vorgesehen. Der Schuldner kann aber auch vom Vollstreckungsgericht nach dessen Ermessen auf den Rechtsweg verwiesen werden (§§ 819, I, 2; 781 Entw.), vor allem, wenn dieser für die Erledigung der Sache geeigneter erscheint.

Als wesensähnliche Tatbestände kommen für die Einwendungen aus dem die Vollstreckung ausschließenden Vertrag nur die in den §§ 818, 819 Entw. normierten „vollstreckungsabwendenden Umstände" in Betracht, weil unsere Einwände mit der Entstehung des Anspruchs offensichtlich nichts zu tun haben. Das Analogiebedürfnis ist auch nach der gesetzlichen Fixierung des Entwurfes zu bejahen, ebenso die Fähigkeit der §§ 818, 819, 844 Entw. zur entsprechenden Anwendung.

Wir gelangen also zu dem Resultat, daß unter der Herrschaft des Entwurfs sowohl die Einwendungen aus dem Vollstreckungsvertrag über die Art und Weise der Vollstreckung als auch aus dem vereinbarten zeitlichen Ausschluß der Zwangsvollstreckung mittels der Erinnerung des § 844 Entw. geltend zu machen sind.

§ 17: Regelung nach der österreichischen Exekutionsordnung.

Das österreichische Recht regelt die sich aus dem vollstreckungsbeschränkenden Vertrag ergebenden Rechtsfragen klar und ziemlich abschließend.

In den §§ 36 Z. 3, 40 der österreichischen Exekutivordnung vom 27. Mai 1896 sind Exekutionsstundung und -verzicht bzw. Verzicht auf die Fortsetzung der eingeleiteten Exekution gesetzlich normiert. Besondere Erwähnung verdient die Tatsache, daß im österreichischen Recht (Konkursordnung vom 10. 12. 14) der vertragliche Ausschluß des Konkursverfahrens nicht aufgeführt wird und somit als unzulässig anzusehen ist. Verzicht bzw. Stundung kann ausgesprochen werden sowohl hinsichtlich eines bestimmten Exekutionsverfahrens, als auch der gesamten Zwangsvollstreckung

aus einem Vollstreckungstitel oder nur der Vollstreckung in einzelne Vermögensgegenstände.[1]) Wie im deutschen Recht ist Stundung und Verzicht vor oder nach dem Entstehen des Exekutionstitels bzw. dem Beginn der Exekution[2]) möglich. Das abkommenwidrig eingeleitete Vollstreckungsverfahren ist unzulässig.[3]) Verzicht und Stundung haben also nach dem Willen des Gesetzes eine unmittelbare Wirkung auf das Zwangsvollstreckungsverfahren.

Der Schuldner kann bei Zuwiderhandeln des Gläubigers gegen die Abmachungen verschiedene Wege beschreiten. Er hat in diesem Falle vor allem die Einwendung gegen die Bewilligung der Exekution, die der Erteilung der Vollstreckungsklausel des deutschen Rechts entspricht und mit der Klage geltend gemacht werden muß (§ 36, 3 EO.). Wenn der Schuldner Verzicht oder Stundung durch Urkunden beweisen kann, oder ein Zugeständnis des Gläubigers zu erwarten ist, kann er statt dessen auch die Einstellung der Exekution beantragen (§ 40 EO.). Bei Exekutionsstundung oder -verzicht nach Bewilligung der Exekution ist es möglich, sie als Einwendungen gegen den Vollzug zu erheben (§ 39, 6 EO.). Daraufhin wird das Verfahren nach § 39 EO. eingestellt.

Aufschiebung der Exekution kann in allen diesen Fällen, ähnlich der einstweiligen Einstellung der Vollstreckung im deutschen Recht, nach Antrag des Schuldners angeordnet werden (§ 42, Z. 3, 5 EO.). Gemäß § 46 EO. dürfen die Vollstreckungsorgane, abgesehen von der richterlichen Weisung, mit dem Vollzug der Zwangsvollstreckung von sich aus nur aussetzen, wenn Nachweis der Exekutionsstundung bzw. des Verzichts durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden erfolgt.

Diese Regelung ermöglicht es dem Schuldner, einem vereinbarungswidrigen Vorgehen des Gläubigers wirksam entgegenzutreten. Sie hat zudem den Vorzug der Uebersichtlichkeit. Es ist allerdings zu bedauern, daß der Gesetzgeber nicht unmißverständlich Stellung genommen hat zu dem Verzicht auf den Offenbarungseid und auch den Vertrag über den Ausschluß des Konkursverfahrens nicht ausdrücklich für unzulässig erklärt hat.

---

1) Neumann-Lichtblau, § 36, Anm. 3; Pollak, § 170; Anm. 32.
2) Neumann-Lichtblau, § 36, 3; Pollak, § 174, 1 e.
3) Neumann-Lichtblau, § 36, 3.

Schrifttum:

Kommentare, Lehrbücher, Dissertationen:

Apelt: Der verwaltungsrechtl. Vertrag. Leipzig 1920.
Arndt: Vereinbarte Vollstreckungsbeschränkungen. Ak. D. R. 1938, S. 558 f.
Bartels: Wie ist die Vereinbarung, daß der Vollstreckungstitel nur zur Pfändung, nicht zu Verwertungsmaßnahmen und zum Eidesverfahren verwandt werden darf, geltend zu machen? J. W. 1934, 1229.
Barz: Das Klagerücknahmeversprechen. Beiträge zum Zivilprozeß, Heft 15, 1933.
Bastlein: Das Verhältnis des Antrags aus dem Vollstreckungsmißbrauch zu anderen Rechtsbehelfen. D. Justiz, 1938, S. 330.
Baumbach: Zivilprozeßordnung, 11. Aufl., 1936.
Behrends: Die Anspruchshäufung im Zivilprozeß. Berlin 1935.
Benkendorff: Treu und Glauben im Zivilprozeßrecht. J. W. 1933, S. 2870 f.
Bernhardt: Vollstreckungsgewalt und Amtsbetrieb. Leipzig 1935. Leipziger rechtswiss. Studien, Heft 93.
Binder: Prozeß und Recht, ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch. Leipzig 1927.
Bley: Klagrecht und rechtliches Interesse. Leipzig 1923.
Blomeyer: Zwangsvollstreckung, 1933.
— —: Erneuerungsbewegung und Zivilprozeßreform. DJZ. 1933, 1239 f.
Bruns: Zur Frage des Schutzes gegen den Mißbrauch rechtskräftiger Schuldtitel. J. W. 1937, 2432.
Bülow: Dispositives Zivilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, im Arch. Ziv. Pr. 64, 1 f. (1881).
— —: Das Geständnisrecht. Freiburg 1899.
— —: Klage und Urteil, i. ZZP. 31, S. 191 f.
— —: Absolute Rechtskraft des Urteils. Arch. Ziv. Pr. 83, S. 1 f.
Büttner: Die Möglichkeit außerprozessualer Rechtsbehelfe gegen ein erschlichenes rechtskräftiges Zivilurteil. Bresl. Diss. 1930.
Bunsen: Prozeßrechtsgeschäfte. ZZP. 35, 401 f. (1906).
Burckhardt: Die Organisation der Rechtsgemeinschaft. 1927.
Carnelutti: Grundlinien der Neuordnung des Erkenntnisverfahrens in Italien, in Rabels Zeitschr. III, S. 1 f.; 181 f. (übersetzt von Mendelssohn-Bartholdy).
Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen u. Leipzig, 1900/1912.
Danz: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Jena 1897.
Dackweiler: Zur Rechtsstellung des Schuldners bei vereinbarungswidrigen Vollstreckungsmaßnahmen. J. W. 1934/1155.
Degenkolb: Beiträge zum Zivilprozeß. Leipzig 1905.
Dernburg: Lehrbuch des Preuß. Privatrechts. 5. Aufl., Bd. I, 1894, Bd. II, 1897.

Dicey-Keith: A ligest of the Law of England with reference to the Conflict of Laws, 4. Aufl., London 1927.
Dittrich: Die sogen. Exklusivverträge über prozessuale Rechtsverhältnisse. Diss. Heidelberg, 1908.
Dölle: Läßt sich der Vertrag in zwei einseitige Rechtsgeschäfte auflösen? Diss. Berlin, 1921.
Eder: Vertrag und Vereinbarung in der Zwangsvollstreckung. Diss. 1938, Göttingen.
Ehrenzweig: Besprechungen von: Kohler „Ueber prozeßrechtliche Verträge und Kreationen". Grünhuts Ztschr. 18, 228 f. (1891).
Eltzbacher: Die Unterlassungsklage. Berlin 1906.
Enneccerus: Rechtsgeschäft, Bedingung u. Anfangstermin. Marburg 1888.
— — /Lehmann: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Bd. II, 12. Aufl., 1932.
— — /Nipperdey: Lehrb. d. Bürgerl. Rechts. Bd. I, 13. Aufl., 1931.
Entwurf einer ZPO. nebst Erläuterungen, Berlin 1931.
Falkmann-Mugdan: D. Zwangsvollstreckung, 2. Aufl., 1. Teil 1908, 2. Teil 1914.
Fischer: Ueber Wachs Handbuch d. Zivilprozesses. ZZP. 10, 406 f. (1887).
Fischer-Fischerhof: Die Schadensersatzpflicht des Vollstreckungsgläubigers bei ungerechtfertigter Zwangsvollstreckung. Berlin-Leipzig 1934.
Fitting: Das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren. 3. Aufl., 1904.
Förster-Kann: Die ZPO. für das Deutsche Reich, 1. Bd. 1913, 2. Bd. 1926.
Fragistas: Das Präventionsprinzip in der Zwangsvollstreckung. Mannheim 1931.
Francke: Der Offenbarungseid nach Reichsrecht. Berlin 1885.
Friedrichs: Der allgemeine Teil des Rechts. Berlin u. Leipzig, 1927.
— —: Anfechung von Streithandlungen. In ZZP. 50/82 f.
Gadow: Die Einrede der Arglist. Jher. Jahrb. 84, 174 ff. (1934).
Geib: Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß. 1909.
Gmelin: Die Vollstreckbarkeit nach Reichszivilprozeßrecht. Tübingen 1898.
Groh: Der Anspruch auf Rechtspflege (Justizanspruch). ZZP. 51, 145 ff.
Hahn: Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, II. Bd., Materialien zur Zivilprozeßordnung, Abt. 1 und 2, 1880.
Heck: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. Tübingen 1914.
Hedemann: Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl., 1927.
— —: Die Flucht in die Generalklauseln. Tübingen, 1933.
Hegler: Beiträge zur Lehre v. prozessualen Anerkenntnis und Verzicht. Tübingen und Leipzig, 1903.
Hein, Otto: Handbuch der Zwangsvollstreckung, 2. Aufl. 1914.
Hein, W.: Die Feststellungswirkung des Zivilurteils. München 1912.
— —: Duldung der Zwangsvollstreckung. Berlin 1911.
Hellwig: Anspruch und Klagrecht. Leipzig 1914.
— —: Klagrecht und Klagmöglichkeit. Leipzig 1905.
— —: Lehrbuch d. d. Ziv.-Proz.-Rechts, 1. Bd., 1903.
— —: Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft. Festgabe für O. Gierke, 1910, Bd. II, S. 41 f.
— —: Rechtskraft und Einrede der Arglist. „Recht" 1910, 713 ff.
— —: System des dtsch. Zivilprozeßrechts, 1. Teil, Leipzig 1912.
— —: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.
Hildebrandt: Rechtsfindung im Neuen Deutschen Staate. Berlin und Leipzig 1935.

Hoeniger: Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten. DJZ. 1905, 1005.
Hölder: Natürliche und juristische Personen. 1905.
Hommel: Ueber materiellrechtliche Einwendungen gegen Vollstreckung von Urteilen. Diss. Würzburg 1892.
Huyke: Offerbarungseid und Haft im Zivilprozeß. Berlin 1930.
Jaeger: Die offene Handelsgesellschaft im Zivilprozesse. In „Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Sohm", S. 3 ff. München-Leipzig 1915.
— —: Kommentar zur Konkursordnung. 6. u. 7. Aufl., 2. Bd., 2. Lief. (§§ 72—138). Berlin und Leipzig 1934.
Kann: Besprechung des Kommentars zur ZPO. von Seuffert-Walsmann, 12. Aufl. ZZP. 58, 425 ff. (1934).
Kipp: Die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und zu Rechtshandlungen. Sonderabdruck aus Kieler Festg. für Jhering. Kiel u. Leipzig, 1892.
Kisch: Einige Bemerkungen zum Wesen des Schiedsvertrages i. ZZP. 51, S. 321 f.
— —: Der Schiedsmann im Versicherungsrecht. Mannheim 1924.
— —: Probleme des Schiedsgerichtswesens, in DJZ. 1934, Sp. 6 f.
Kleinfeller: Besprechung von: Hellwig, „Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts" (1903), ZZP, 34, 370 ff. (1905).
— —: Lehrb. d. Dtsch. Zivilprozeßrechts, 3. Aufl., Berlin 1925.
Kohler: Prozeßrechtliche Forschungen. Berlin 1889.
— —: Ueber die Grundl. d. Zivilproz. Arch. f. Ziv.-Pr. 97, 1 ff. (1905).
— —: Lehrbuch des Konkursrechts. Stuttgart 1891.
— —: Studien über Mentalreservation und Simulation. Jher. Jahrb. 16, 91 ff. (1878).
— —: Der Prozeß als Rechtsverhältnis. 1888.
— —: Der sog. Rechtsschutzanspruch. ZZP. 33, 211 ff. (1904).
— —: Ungehorsam und Vollstreckung im Zivilprozeß. Arch. f. Ziv.-Pr. 80, 141 (1892).
— —: Ueber prozeßrechtliche Verträge und Kreationen. Gruch. 31, 309 ff. (Ges. Beitr. zum Zivilprozeß 1894, S. 127 ff.). 1887.
— —: Ueber die Verträge, in welchen der Gläubiger verspricht, keinen Konkurs zu beantragen, und deren Gültigkeit. — Gesammelte Beiträge, S. 248 f.
— —: Zivilprozeß- u. Konkursrecht. Holtzendorff-Köhler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 6. Aufl., 1904, 2. Bd., S. 49 ff.
Kormann: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Berlin 1910.
Krusch: Das Wesen des Vergleichs zur Abwendung des Konkurses. Mannheim 1933.
Kuhnke: Die vertragliche Ermöglichung und Erleichterung der Ehescheidung. Berlin 1932.
Kuttner: Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile. München 1908.
Lange: Willensmängel bei Prozeßhandlungen, in ZZP. 53, S. 246 f.
Lange, Heinrich: Liberalismus, Nationalsozialismus und Bürgerliches Recht. Tübingen 1933.
— —: Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat. Tübingen 1934.
— —: Vom alten zum neuen Schuldrecht. Hamburg 1934.
Langheineken: Anspruch und Einrede nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Leipzig 1903.
— —: Der Urteilsanspruch, ein Beitrag zur Lehre vom Klagrecht, 1899.

Laue: Wie ist die Vereinbarung, daß der Vollstreckungstitel nur zur Pfändung, nicht zu Verwertungsmaßnahmen und zum Eidesverfahren verwendet werden darf, geltend zu machen? J. W. 1934, 675.
Lehmann: Der Prozeßvergleich. München 1911.
Lehmann, Heinrich: Die Unterlassungspflicht im Bürgerl. Recht. München 1906.
— —: Zivilprozeßreform und Rechtsstaatsgedanke, in „Das neue Zivilprozeßrecht". Sonderh. d. Rh. Zschr. f. Zivil- und Proz.-Recht des In- und Auslandes, S. 30 ff., 1924.
Lenel: Parteiabsicht und Rechtserfolge, in Jher. Jb. 19/154 ff.
Lent: Zur Beibehaltung der Verhandlungsmaxime. Z. Ak. D. R. 1936, S. 20 ff.
— —: in J. W. 1934/92.
Lewinsohn: Das Bestreiten der Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseids. ZZP. 14, 96 ff. (1890).
Lubowski: Das Offenbarungseidverfahren nach der ZPO. Berlin 1913.
Mendelsohn-Bartholdy: Rechtskraftwirkung auf Dritte, in Rh. Zschr. VIII, S. 176 f.
Mentzel: Kom. zur Reichskonkursordnung, 5. Aufl., 1937.
Meyer, H.: Beiträge zur Lehre vom Prozeßvergleich. Diss. Bonn 1934.
Müller, Hans: Die Offenbarungspflicht des Vollstreckungsschuldners nach der ZPO. Diss. Göttingen 1931.
Müller, Wilh. A.: Die Wirksamkeit d. Pfändungspfandrechts. Berlin 1907.
Neukamp: Handkommentar zur ZPO., 2. Aufl., 1911.
Neumann-Lichtblau: Kommentar zur österr. Exekutionsordnung, 3. Aufl., 2 Bde., Wien 1928, 1929.
Neuner: Internationale Zuständigkeit. Mannheim 1929.
— —: Privatrecht und Prozeßrecht. Mannheim 1925.
Niese: Prozeßhandlungen und Verträge über Prozeßhandlungen.
Oertmann: Kom. zum BGB., Bd. II, Abt. 1: Recht der Schuldverhältnisse, Allg. Teil, 5. Aufl., Berlin 1928.
— —: Grundriß des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. u. 3. Aufl., 1927.
— —: Die rechtliche Natur der Vollstreckungsgegenklage. Arch. f. Ziv.-Pr. 107/199 ff. (1911).
— —: Der vorgängige Rechtsmittelverzicht, in ZZP. 45/389 f.
Oetker: Konkursrechtliche Grundbegriffe, Bd. I., Stuttgart 1891.
Pagenstecher: Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. Bln. 1905.
— —: Nochmals „Die praktische Bedeutung des Streites über die Rechtskraft". In Rh. Zschr. VI/489 ff.
Petersen-Anger: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 5. Aufl., Bd. II, 1906.
Petersen-Kleinfeller: Konkursordnung für das Deutsche Reich, 4. Aufl., 1900.
Pikalo: Erscheinungsform und Rechtsnatur der Ausbietungsgarantie. Diss. Köln 1932.
Planck, Justus: Lehrb. d. Dtsch. Ziv.-Proz.-Rechts. München 1887/1896.
— —: Kom. zum Bürgerl. Gesetzbuch nebst EG., 4. Aufl., 1913/1930.
Pollak, Rudolf: System d. österr. Zivilprozeßrechts m. Einschluß d. Exekutionsrechts, 2. Aufl., Wien 1932.
Raatz: Vollstreckungsverträge. Diss. 1935, Halle.
Reichel: Gewillkürte Haftungsbeschränkung. Festschr. f. Georg Cohn, 1915, 203 ff.
— —: Unklagbare Ansprüche. Jher. Jb. 59/409 ff. 1911.

Reichenheim: Die materiellen Prozeßverträge und ihre praktische Bedeutung im Scheinprozeß. Diss. Würzburg 1912.
Reinhard-Müller: Das Zwangsversteigerungsgesetz, 3./4. Aufl., Stuttgart 1931.
Rintelen: Handb. d. österr. Konkurs- u. Ausgleichsrechts. München und Leipzig 1915.
Roquette: Vollstreckungsverträge. ZZP. 49/160 ff. (1925).
Rothe: Einwirkungen eines außergerichtl. Vergleichs auf den schwebenden Vertrag. J. W. 1934/657 ff.
Runge: Scheidungsverträge nach bürgerl. Recht. Berlin 1927.
Sachse: Beweisverträge. ZZP. 54/409 ff.
Sarvey-Boßert: Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, 4. Aufl., 1901.
Sauer: Grundlagen des Prozeßrechts, 2. Aufl., Stuttgart 1929.
Schaffstein: Der Begriff „Strafanspruch" und sein rechtspolitischer Gehalt. DJZ. 1934, 1174 f.
Schiffer: Die politischen Momente in dem Entwurf einer ZPO., in DJZ. 1933, Sp. 645 ff.
Schlossmann, Richard: Der Vertrag. Leipzig 1876.
Schmid: Der vertragsmäßige Verzicht auf Rechtsmittel, in Gruch. Beitr. 58/350 f.
Schmidt, Richard: Der Prozeß u. d. Staatsbürgerl. Rechte (Vorträge der Gehe-Stiftung zu Dresden), Bd. 2, Lpz. 1910.
— —: Lehrbuch des dtsch. Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., Leipzig 1906.
Schmitt, Carl: Staat, Bewegung, Volk. Hamburg 1933.
— —: Nationalsozialismus und Rechtsstaat. J. W. 1934/713 ff.
Schollmeyer: Besprechung von: Förster-Eccius „Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preuß. Privatrechts", 5. Aufl. (1887—1888). ZZP. 14/352 ff. (1890).
Schüler: Der Urteilsanspruch. Tübingen 1921.
Schultz, Rud.: Das Verhältnis der Vollstreckungsbeschwerde zu der sofortigen Beschwerde des Vollstreckungsverfahrens. Berlin 1911.
Schwalm: Der Vollstreckungseid. Leipzig 1930.
Schwinge: Der fehlerhafte Staatsakt im Mobiliarvollstreckungsrecht. Beitr. z. Zivilprozeß, 1930.
— —: Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Bonner Rechtswissensch. Abh., Heft 14, 1930.
Seestern-Pauly: Besprechung der Beschlüsse des Amtsgerichts Kiel usw. ZZP. 10, 513 ff (1996).
Seuffert: Deutsches Konkursprozeßrecht. Leipzig 1899.
Seuffert-Walsmann: Kom. zur ZPO., 12. Aufl. München 1929/33.
Siber: Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht. Jher. Jb. 50/129 ff. (1906).
— —: Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit. Jher. Jb. 70/223 ff. (1921).
Siegert: Die Prozeßhandlungen, ihr Widerruf und ihre Nachholung. Berlin 1929.
Sintenis: Der simulierte Prozeß. ZZP. 30/358 ff. (1902).
Sommer: Kann man den Rechtsweg durch Vereinbarung ausschließen? in LZ. 1932, Sp. 770 ff.
Sonnen: Zur Reform d. Ziv.-Proz.-Rechts. In Festgabe für Soldan, S. 69 ff. Berlin 1933.
Staudinger: Kom. zum Bürgerl. Gesetzb. u. EG., 9. Aufl., 1925/31.

Stein: Grundfragen der Zwangsvollstreckung, Tübingen 1913.
— —: Ueber die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbes. bei der Verurteilungsklage. Festschr. f. Fitting, 1902, 333 ff.
Stein-Jonas: Kom. zur Ziv.-Proz.-Ordnung, 15. Aufl., 2 Bde., 1934.
Stein-Juncker: Grundriß des Ziv.-Proz.-Rechts und des Konkursrechts, 3. Aufl., 1928.
Struckmann-Koch: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 9. Aufl., 1910.
Sydow-Busch-Krieg: Konkursordnung, Vergleichordnung und Anfechtungsgesetz, 16. Aufl., Berlin-Leipzig 1932.
Tamm: Die Einwirkung des außergerichtlichen Vergleichs auf den schwebenden Rechtsstreit. Diss. Jena 1931.
Thon: Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar 1878.
v. Tuhr: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 1910; 2. Bd., Abt. 1, 1914; 2. Bd., Abt. 2, 1918.
Trutter: Ueber prozessualische Rechtsgeschäfte. München 1890.
Vogel: Vertrag und Vereinbarung. Bonn, Köln, Berlin 1932.
Volkmar: Das Gesetz zur Verhütung mißbräuchlicher Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten. D. J. 1934, 1622.
Voss: Ueber den Widerspruch des Pfandschuldners gegen die Zwangsvollstreckung in das übrige Vermögen. ZZP. 26/457 ff.
Wach: Handb. d. d. Ziv.-Proz.-Rechts, 1. Bd., 1885.
— —: Vortr. über die Reichszivilprozeßordnung, 2. Aufl., Bonn 1896.
— —: Das Geständnis. Arch. Ziv. Pr. 64, 201 ff.
— —: Das Prinzip des gewillkürten Gerichtsstandes, in Arch. Ziv. Pr. 62/373 ff.
Walker-Jaitner: Österreichisches Exekutionsrecht, 3. Aufl., Wien 1925.
Walsmann: Besprechung von: Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., 1929.
— —: Der Verzicht. Leipzig 1912.
— —: Die Anschlußberufung. Leipzig 1928.
— —: Der Irrtum im Prozeßrecht, in Arch. Ziv.-Pr. 102, S. 1 f.
Weidert: Die Vollstreckungsgegenklage. Diss. Erlangen 1933.
Weismann: Lehrb. d. D. Ziv.-Proz.-Rechts, II. Bd., 1905.
Wendt: Unterlassungen und Versäumnisse im Bürgerlichen Recht. Arch. Ziv. Pr. 92/1 ff. (1902).
Werner: Willensmängel bei Prozeßhandlungen, in Grünh. Zschr. 41/337 ff.
Wimmer: i. Deutsche Ger.-Vollz.-Ztg., 57. Jg., Nr. 19, S. 289/91.
Wolff, Th.: Kom. zur Konkursordnung, 2. Aufl., 1921.
Wrede: Das Zivilprozeßrecht Schwedens und Finnlands. Mannh. 1924.
Wurzer: Die ungerechtfertigte Durchbrechung der Rechtskraft zugunsten der guten Sitten. Jher. Jb. Bd. 65, 335 ff. (1915).
Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft. Leipzig 1879.

Schriften jüdischer Autoren:

Goldschmidt: „Der Prozeß als Rechtslage", 1925.
— —: „Zivilprozeßrecht", 2. Aufl., 1932.
Jellinek, Georg: „System der subjektiven öffentlichen Rechte", 2. Aufl., Tübingen 1905.
Jellinek, Walter: „Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen." Tübingen 1908.
— —: „Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung." Tübingen 1913.

Laband: „Das Staatsrecht des Deutschen Reichs", Bd. III, 5, Aufl. 1912.
Mayer, Otto: „Deutsches Verwaltungsrecht", Bd. I, 3. Aufl., 1924.
Nußbaum: „Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse." München 1908.
Rosenberg: „Stellvertretung im Prozeß." Berlin 1908.
— —: „Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts", 2. Aufl., 1931.
— —: „Zu dem Entwurf einer Zivilprozeßordnung, i. ZZP. 57, 185 ff.
Stein, Friedrich: Besprechung zu Hellwigs „Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft". ZZP. 41/417 ff. (1911).

Zeitschriften und Entscheidungen:

Deutsches Anwaltsblatt f. d. Geb. d. Tschechoslowakischen Republik.
Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht.
Deutsche Gerichtsvollzieherzeitung.
Deutsche Juristen-Zeitung.
Deutsche Justiz.
Deutsche Notarzeitschrift.
Deutsche Rechtspflege (Seuff. Arch. der Entscheidungen).
Deutsches Recht.
Deutsche Rechtswissenschaft.
Internationales Anwaltsblatt.
Jherings Jahrbücher f. d. Dogmatik des Bürgerl. Rechts.
Juristische Wochenschrift.
Leipziger Zeitschrift.
Prager Juristische Zeitschrift.
Zeitschrift für die deutsche zivilistische Praxis.
Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft.
Zentralblatt für die juristische Praxis.